

EL REGLAMENTO ROMA I SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES: CUESTIONES ESCOGIDAS¹

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

Recibido: 14.06.2009 / Aceptado: 25.06.2009

Resumen: El Reglamento Roma I ha intentado mejorar el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones internacionales. El resultado final ha sido muy desigual. En este estudio se examinan tres grandes cuestiones. En primer lugar, cómo se ha regulado la facultad de la partes para elegir el Derecho aplicable a un contrato internacional (art. 3 Reg. Roma I). El texto finalmente aprobado es “continuista”, pero no por ello dejará de ser polémico tanto por la regulación que ofrece de las relaciones entre la competencia judicial y la competencia legislativa como por la oposición que mantiene frente a la nueva *Lex mercatoria*. En segundo lugar, se analiza la norma “más revolucionaria” con respecto al régimen anterior: el art. 6 Reg. Roma I. Éste ha extendido, en principio, la protección específica para los contratos internacionales de consumidores a todo tipo de contrato internacional entre una empresa o profesional y un particular y ha precisado las excepciones; pero, a su vez, ha dejado sin resolver dos temas muy polémicos: si cabe recurrir a las leyes de policía para proteger a los consumidores en último extremo, cuando la norma de conflicto especial para este tipo de contratos no les asiste, y cómo debe protegerse a los consumidores activos. Por último, el art. 9 Reg. Roma I sigue la estela del art. 7 del Convenio de Roma, pero introduce dos importantes novedades: un concepto comunitario de leyes de policía, nada original pero importante y polémico, y los requisitos restrictivos para que un tribunal pueda tomar en consideración una norma imperativa de un tercer Estado.

Palabras clave: autonomía de la voluntad, conflictos de leyes, consumidores activos, consumidores pasivos, contratos internacionales, contratos de consumidores, leyes de policía, Reglamento Roma I.

Abstract: The Rome I Regulation has tried to improve the 1980 Rome Convention. The final result has been uneven. This study focuses on three matters. Firstly, it explains how to select the law applicable to the contract (Art. 3 Rome I Regulation). It will be a controversial regulation because of the connection between jurisdiction and applicable law as well as its opposition to the new *Lex mercatoria*. Secondly, consumer contracts are examined (Art. 6 Rome I Regulation). The concept of consumer contracts includes any contract concluded by a natural person with another person acting in the exercise of his trade or profession. However, it does not solve two matters: if overriding mandatory provisions are applicable to those contracts and how to protect active consumers. Lastly, although Article 9 is inspired by Article 7 of the Rome Convention, it adds two innovations: a controversial Community definition of overriding mandatory provisions, and when to give effect to overriding mandatory provisions of a different law from the one of the forum.

Key words: party autonomy, conflict of laws, active consumers, passive consumers, international contracts, consumer contracts, overriding mandatory provisions, Rome I Regulation.

¹ Texto de la conferencia pronunciada el 29 enero 2009 en el Salón de Actos del Colegio Notarial de Madrid, respondiendo a la invitación de la Academia Matritense del Notariado para participar en el Curso 2008/09. Deseo expresar mi agradecimiento hacia sus integrantes por la deferencia y amistad que me han brindado en todo momento.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. La autonomía de la voluntad. 1. Concepto y fundamento. 2. La elección de ley: condiciones. A) Claridad de la elección de ley. B) Elección de una “ley estatal”. a) Concepto y fundamento. b) Una alternativa metodológica: la nueva *Lex Mercatoria*. c) El cambio en el tiempo del Derecho elegido por las partes: cuestiones de Derecho transitorio. C) Carácter “negocial” de la elección de ley. 3. La elección de ley: posibilidades de las partes. A) Elección múltiple o parcial de la ley del contrato. B) Elección de leyes sin vinculación con el contrato. C) El “contrato sin ley”. D) Momento de la elección de la ley del contrato. III. Contratos internacionales de consumo. 1 Consideraciones preliminares. 2 Ámbito de aplicación del art. 6 Reg. Roma I. A) Condiciones subjetivas. B) Condiciones objetivas. C) Condiciones espaciales. 3. Determinación de la ley aplicable al fondo del contrato: Los puntos de conexión. A) Autonomía de la voluntad conflictual limitada. B) País de residencia habitual del consumidor. 4. Determinación de la ley aplicable a la forma del contrato: Los puntos de conexión. 5. Cuestiones particulares. ¿Aplicabilidad del art. 9 Reg. Roma I a los contratos internacionales de consumidores? B) La protección del “consumidor activo”. IV. Las leyes de policía. 1. Consideraciones preliminares. 2. Las “leyes de policía”: Concepto y delimitación. 3. Las “leyes de policía” del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. 4. Las “leyes de policía” del Estado de ejecución de las obligaciones. A) Elementos del supuesto de hecho. a) Leyes de policía del país de ejecución de las obligaciones. b) “Ilegalidad” de la ejecución del contrato. B) Consecuencia jurídica. a) Aplicación facultativa de las leyes de policía de terceros Estados. b) Consecuencias del incumplimiento de leyes de policía de terceros Estados. 5. Normas imperativas de terceros Estados y Convenios internacionales. V. Conclusión.

I. Consideraciones preliminares.

1. Ilustrísimo Sr. Decano del Colegio Notarial de Madrid, miembros de la Junta Directiva y Academia Matritense del Notariado, señoras y señores:

Deseo, ante todo, agradecer la amable invitación a estar hoy con ustedes. Supone, para mí, un honor y un motivo de satisfacción. También deseo corresponder a las amables palabras de presentación del Excmo. Sr. D. ROBERTO BLANQUER ÜBEROS, que debo atribuir a la estrecha amistad que mantenemos desde hace años y no a mis méritos.

2. Para responder a la tarea que este Ilustre Colegio Notarial me ha encomendado, voy a recurrir al Derecho internacional privado. Soy, ante todo, un profesor de Derecho internacional privado; aunque también soy consciente de que se trata de una disciplina que tiene una –en parte, bien merecida– fama de esotérica. Ya, en los años 50, un autor estadounidense (WILLIAM L. PROSSER) escribió que: “El reino del conflicto de leyes es una ciénaga siniestra... poblada por sabios y excéntricos profesores que especulan sobre materias misteriosas en una jerga extraña e incomprensible”². Pero, creo, sin embargo, que, aunque sea una rama jurídica muy compleja, “siempre es posible explicar sus problemas de una manera relativamente simple o, al menos, comprensible” (E. VITTA)³.

3. La entrada en vigor del Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (denominado “Reglamento Roma I”) supone un nuevo revulsivo para el Derecho internacional privado de los Estados miembros y para el Derecho internacional privado español⁴. Un

² La frase completa de W.L. PROSSER, “Interstate Publication”, *Mich. Law Review*, vol. 51, n° 7, 1952-1953, pp. 959-1000, concr. p. 971, dice así: “The realm of the conflict of laws is a dismal swamp, filled with quaking quagmires, and inhabited by learned but eccentric professors who theorize about mysterious matters in a strange and incomprehensible jargon”.

³ E. VITTA, “Cours général de droit international privé”, *RCADI*, 1979-I, t. 162, p. 23.

⁴ Para una visión de conjunto del Reg. Roma I, *vid., ad ex.*, 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*, 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; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, n° 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*; 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”, *RCDIP*, 97, 4, 2008, pp. 727-780; O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725; S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (‘Rom I’)”, *RIW*, 8, 2008, pp. 528-544; L. DE LIMA

nuevo paso adelante que profundiza en el proceso de comunitarización del Derecho internacional privado y que confirma que, cada día que pasa, el Derecho internacional privado español es menos español y más comunitario, menos Madrid y más Bruselas. Me voy a ocupar de algunas de las cuestiones que suscita este Reglamento comunitario. Hay *tres buenas razones* para ello:

1ª) Se trata de la *más moderna, novedosa y fundamental norma* de nuestro ordenamiento jurídico sobre conflictos de leyes en la contratación internacional. El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales supuso un hito en la evolución general del modo de resolver los conflictos de leyes en Europa. La elegancia de sus soluciones jurídicas no eclipsó su carácter práctico. Quizás el valor más elevado del Convenio de Roma de 1980 fuera poner en negro sobre blanco una visión integral del Derecho internacional privado que consiste en utilizar las normas de conflicto como “presunciones de proximidad”. Ello permitía, en el sistema del Convenio de Roma, prescindir de la norma de conflicto positiva, cuando ésta traicionaba el objetivo al que debía servir, esto es, cuando la norma traicionaba el *principio de proximidad*. Esta visión suponía, con frecuencia, colocar al principio “por encima de la norma” y admitir que el legislador, cuando formula soluciones positivas y rígidas de Derecho internacional privado, puede equivocarse, por lo que el aplicador del Derecho dispone de un margen para “reorientar” la solución.

No obstante, esta concepción tan avanzada del DIPr. no fue bien entendida por ciertos estamentos judiciales, aferrados a un pasado sin retorno edificado sobre normas de conflicto rígidas y de aplicación inflexible y axiomática. En efecto, no fueron escasos los tribunales de los Estados miembros que utilizaron las normas de conflicto del Convenio de Roma de 1980 para revivir viejas soluciones de sus Derechos nacionales o para aplicar su propio Derecho sustantivo. Este fenómeno produjo dos consecuencias negativas muy relevantes. En primer lugar la vuelta al detestable legefórismo. Con el legefórismo se pierde previsibilidad en la Ley aplicable, pues los protagonistas de la contratación internacional nunca pueden saber, *a priori*, si la Ley aplicable al contrato será la designada por la normas de conflicto positiva o la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto, además de esconder una primacía valorativa nunca justificada ni explicada en favor de la *Lex Fori*⁵. En segundo lugar, una utilización abusiva y errática de la *cláusula de excepción (Ausweichklausel)* con la intención, ya indisimulada, de hacer aplicable la *Lex Fori*⁶. Que es, sin duda, más de lo mismo. Estas tendencias judiciales pervirtieron el entero sistema del Convenio de Roma de 1980 y lo volvieron peligroso a los ojos de la comunidad científica. Un instrumento legal impredecible con evidentes tendencias legefóristas.

La entrada en escena del Reglamento Roma I trata de aliviar los defectos que el Convenio de Roma de 1980 ha mostrado en su aplicación⁷. Pero llegados a este punto, nunca se insistirá con suficiente énfasis en que tales defectos no eran imputables al Convenio de Roma de 1980, sino al modo en el que los jueces lo han aplicado en toda Europa. Los caminos escogidos por el legislador comunitario en el Reglamento Roma I, sin embargo, no escapan a las críticas. En efecto, se ha legislado con un cierto miedo y con una falta de confianza en los aplicadores del Reglamento. Esto último es perfectamente comprensible a tenor de la jurisprudencia legefórista que el Convenio de Roma de 1980 ha generado en casi veinte años. Ahora bien, una reafirmación y explicación de los mecanismos recogidos en el Convenio de Roma de 1980 hubiera constituido una opción mejor; porque la *cláusula de excepción (Ausweichklausel)* del Convenio de Roma de 1980 nunca fue una excusa para aplicar la *Lex Fori* y siempre fue de aplicación excepcional. Y, sobre todo, porque la pérdida del art. 4.1 del Convenio de Roma de 1980 en el texto del

PINHEIRO, “O novo Regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma introdução”, en ID., *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, 2009, pp. 401-471; P. MANKOWSKI, “Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge”, *IHR*, 2008, pp. 133-152; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

⁵ Así, *ad ex.*, en Francia, algunos tribunales justificaron que se aplicara directamente el Derecho sustantivo francés, pese a tratarse de contratos internacionales, ya que se trataba de derechos disponibles por las partes y éstas no habían invocado el Convenio de Roma de 1980. Esta “jurisprudencia menor” fue censurada por la auténtica jurisprudencia: sentencia Cour de cassation, 1er civ., 31 mayo 2005, *Bull.civ.*, 2005, I, n° 231, y sentencia Cour de cassation, com., 16 diciembre 2008, n° 08-10.560.

⁶ *Vid.* H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, pp. 19 y 27-29.

⁷ Con independencia de los contenidos propios de las normas –es decir, si el Reg. Roma I mantiene o modifica la reglamentación que el Convenio de Roma de 1980 disponía con respecto a una concreta cuestión–, la conversión del Convenio de Roma en un Reglamento comunitario tiene importantes consecuencias: la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al TJCE, la eficacia directa, la fijación uniforme de las fechas de entrada en vigor y aplicabilidad en el tiempo y la transferencia a la UE de una competencia exclusiva con respecto a la determinación de la ley aplicable en materia contractual. *Vid.*, sobre estos aspectos, S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable...”, pp. 41-69, *concr.* pp. 42-44.

Reglamento Roma I supone un cambio de perspectiva poco saludable, que encierra buena parte de las soluciones jurídicas del Reglamento Roma I en una serie de “semi-fórmulas matemáticas”, que le ajena del Arte del Derecho como método para orientar el comportamiento humano.

2ª) Este Reglamento es aplicable *erga omnes*. Constituye una normativa obligatoria para las autoridades administrativas u órganos judiciales de cualquier Estado de la UE (salvo Dinamarca), con independencia de la nacionalidad o del domicilio o residencia habitual de las partes que concluyan un contrato internacional; aunque la ley finalmente competente para regular este último sea la de un Estado extracomunitario (art. 2 Reg. Roma I)⁸. Por tanto, es poco probable que, en el futuro, recurramos, más que aisladamente, al art. 10.5 del Código civil, que es una disposición que ha quedado obsoleta.

3ª) Aunque España es parte de varios Convenios internacionales de Derecho uniforme –sobre todo la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CV 1980)–, en principio, *cualquier contrato internacional* que se concluya *a partir del 17 de diciembre de este año* y del que conozcan nuestros tribunales estará sometido a esta nueva normativa (arts. 28 y 29 Reg. Roma I)⁹.

4. Aunque el Derecho uniforme (*lato sensu*) (*einheitliches Sachrecht*) experimente importantes avances, sigue siendo necesario resolver los problemas de conflicto de leyes¹⁰. Así le ocurre, al menos, a la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías en cinco supuestos: a’) cuando los contratantes no están establecidos en dos Estados contratantes y la aplicabilidad de dicho Convenio está condicionada a la designación de la ley de un Estado contratante por las normas de conflicto (art. 1.1., letra b), CV 1980); b’) cuando las partes acuerdan su exclusión total o parcial (art. 6 CV 1980); c’) cuando, para integrar sus lagunas, es necesario recurrir a la legislación interna de un Estado (art. 7.2 CV 1980), que no puede ser designada más que por una norma de conflicto; d’) cuando se trata de cuestiones excluidas del CV 1980 (arts. 4 y 5 CV 1980); e’) cuando se trata de ventas inmobiliarias excluidas del ámbito de aplicación del CV 1980 (art. 2 CV 1980). Algunos autores y –lo que es peor– tribunales ignoran, en ocasiones, este hecho. Sueñan con una hipótesis poco probable: que el Derecho uniforme consiguiese que el contenido material de las diferentes legislaciones nacionales fuese idéntico, así como su interpretación y aplicación en los diferentes Estados. De producirse esta hipótesis, evidentemente poco importaría cómo se resolviese el conflicto de leyes. Pero, salvo en supuestos muy particulares, no es demasiado probable que esa uniformidad se generalice. A mediados de los años 60, un profesor francés, PH. MALAURIE, advirtió que la diversidad de las normas jurídicas es una riqueza o una maldición que acompaña a nuestro Planeta desde la torre de Babel, dispuesta a perdurar hasta el día en que todos los hombres tengan la misma lengua, los mismos bienes y sean cuerpos gloriosos sin Estado, sin Derecho y sin profesores de Derecho¹¹. Como suelo advertir a mis alumnos, no parece que ese día esté cercano. Hasta que llegue, ellos tendrán que seguir estudiando y ninguno podremos prescindir por completo de las normas de conflicto. Lo advirtió otro profesor francés H. BATIFFOL: Hacer Derecho uniforme sin conflicto de leyes es lo mismo que hacer Física sin Matemáticas. Se pretende ganar tiempo y prescindir de un instrumento que parece complicado para terminar descubriendo que, desgraciadamente, se ha perdido aún más tiempo del que hubiese hecho falta para aprenderlas. El problema del conflicto de leyes –tarde o temprano– acaba reapareciendo¹².

⁸ Vid. S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable...”, pp. 41-69, concr. pp. 47-48.

⁹ Sobre la determinación de la legislación aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, *vid., per omnia*, E. CASTELLANOS RUIZ, “El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles: Balance de 15 años de vigencia”, en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 121-188, concr. pp. 139 y 144-151; ID., *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, 2009, pp. 163 y ss. Sobre las relaciones entre el Reg. Roma I y Convenios internacionales que contienen normas de conflicto sobre obligaciones contractuales, que es una cuestión distinta a la anterior, *vid., ad ex.*, P. FRANZINA, “Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los Convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual”, *CDT*, vol. 1, nº 1, Marzo 2009, pp. 92-101; S. LEIBL/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 531-532.

¹⁰ Sobre esta cuestión, *vid., ad ex.*, C. VON BAR, “IPR für das Einheitsprivatrecht”, en C. VON BAR/P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. I (*Allgemeine Lehren*), 2ª ed., München, 2003, pp. 66-75; M.J. BONELL, “International Uniform Law in Practice or where the Real Problem begins”, *AJCL*, nº 4, 1990, pp. 865-922; C. WEIZUO, “The Conflict of Laws in the Context of the CISG: A Chinese Perspective”, *Pace Int’l L. Rev.*, 20, Spring, 2008, pp. 115-127, concr. pp. 120-122.

¹¹ PH. MALAURIE, “Loi uniforme et conflits de lois”, *TCFDIP*, Paris, 1967, pp. 83 y ss.

¹² H. BATIFFOL, en *TCFDIP*, Paris, 1967, pp. 101-103.

5. El Reglamento n° 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales –conocido como “Roma I”–, *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, se inscribe en un *determinado contexto europeo*: el de la construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia (considerando 1 Reg. Roma I)¹³. En él, se debe procurar el correcto funcionamiento del Mercado interior, favoreciendo la previsibilidad del resultado de los litigios así como la seguridad jurídica (considerando 6 Reg. Roma I). Esto requiere que “las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio” (considerando 6 Reg. Roma I)¹⁴.

6. La elaboración de este Reglamento ha sido menos tortuosa que la del Reglamento n° 864/2007 de 11 julio 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales –conocido como “Roma II”–, *DOUE* L 199 de 31 julio 2007¹⁵. Prueba de ello es que los conflictos entre el Parlamento y el Consejo han sido mínimos¹⁶. La explicación de esto se encuentra en el hecho de que el Reglamento Roma I, en esencia, ha “comunitarizado” un tratado internacional anterior, el Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (*DO* 3 marzo 1991), cuyas soluciones –no en su totalidad, pero sí en gran parte– reproduce¹⁷. De ahí que algún autor francés haya hablado de que, en rigor, el Reg. Roma I se ha limitado a “formatear” el Convenio de Roma (H. KENFACK)¹⁸. Este último dato no es baladí: la jurisprudencia generada por el Convenio de Roma de 1980 es aprovechable, *mutatis mutandis*, para la interpretación del Reg. Roma I¹⁹.

7. El Reglamento Roma I sustituirá al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo Dinamarca (art. 24.1 Reg. Roma I)²⁰. La nueva normativa será aplicable, en su casi totali-

¹³ Sobre esta cuestión desde el punto de vista del DIPr., *vid.*, *ad ex.*, J. BASEDOW, “The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam”, *CMLR*, 37, 2000, pp. 687-708; C. BOELE-WOELKI, “Unification and Harmonization of Private International Law in Europe”, en J. BASEDOW y otros (Eds.), *Private Law in the International Arena: Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, pp. 61-77; C. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam”, *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; O. REMIEN, “European Private International Law, the European Community and its emerging Area of Freedom, Security and Justice”, *CMLR*, 38, 2001, pp. 53-86.

¹⁴ *Vid.* H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 9.

¹⁵ Para una exposición de conjunto, *vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, 2008.

¹⁶ Basta comparar el Convenio de Roma de 1980 con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión, Bruselas 15 diciembre 2005, COM(2005) 650 final, y con el texto finalmente aprobado. Sobre dicha propuesta, *ad ex.*, el comentario editorial, “On the way to a Rome I Legislation”, *CMLR*, 43, 2006, pp. 913-922; F. FERRARI/S. LEIBLE (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007; P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I”*, Padova, Cedam, 2006; E.-M. KIENINGER, “Der Rom I-Vorschlag: Eine geglückte Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?”, *ZEuP*, 2007, pp. 22-27; P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, vol. 95, 2006, pp. 331-349; O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Proposal”, *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 29-51; S. LEIBLE, “La Propuesta para un Reglamento ‘Roma I’: Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 541-568; D. MARTINY, “Europäisches Internationales Vertragsrecht in Erwartung der Rom I-Verordnung”, *ZEuP*, 2008, pp. 79-108; MAX-PLANCK-INSTITUT FOR FOREIGN PRIVATE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “Comments on the European Commission’s Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization”, *RebelsZ*, 2004/01, pp. 1-118.

¹⁷ Sobre el Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, *vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª ed., Granada, 2008, pp. 457-523 y bibliografía allí indicada.

¹⁸ H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 5.

¹⁹ Para la jurisprudencia española, *vid.* los sugerentes estudios de E. CASTELLANOS RUIZ, “El Convenio de Roma de 1980...”, pp. 121-188; ID., *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, 2009, *passim*.

²⁰ El art. 24.1 Reg. Roma I se ocupa de las relaciones entre el Convenio de Roma de 1980 y el nuevo Reglamento. En un principio, dos Estados (Dinamarca y el Reino Unido) mostraron sus reticencias a que el Reglamento Roma I se les aplicase. Pero, poco después de ser adoptado, el Reino Unido dio los primeros pasos, con la bendición de la UE, para incorporarse a éste, que finalmente entró en vigor en el Reino Unido: Dec.Com. 22 diciembre 2008, sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 10 de 15 enero 2009. Sobre la situación en que queda Dinamarca, *vid.* O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, *concr.* pp. 1689-1690.

Mucho más complejas son las relaciones entre el Reg. Roma I y otras disposiciones jurídicas. Para ello, su texto distingue entre las demás disposiciones comunitarias (art. 23 Reg. Roma I) y los Convenios internacionales (arts. 25 y 26 Reg. Roma I).

dad, a los contratos internacionales concluidos después del 17 diciembre 2009 (arts. 28 y 29 Reg. Roma I)²¹.

8. El *régimen jurídico general* de los contratos internacionales se encuentra en los arts. 3 y 4 Reg. Roma I. Conforme a él, todo contrato internacional está regido, al menos, por una Ley estatal. Dicha ley se determina conforme a los *principios de autonomía de la voluntad y de proximidad*. Dicha ley fija las obligaciones entre los contratantes. Pero éstas pueden venir regidas por otra ley en el caso de algunos contratos en particular (arts. 5 a 8 Reg. Roma I).

9. No todo es negativo, por supuesto, en el Reglamento Roma I. Nuevas normas ven la luz y algunas de las anteriores se han perfeccionado, en particular, las relativas a los contratos internacionales celebrados por consumidores. También se ha arrojado mucha luz sobre la aplicación de las normas internacionalmente imperativas (*internationally mandatory provisions*) de otros Estados en un nuevo art. 9 que debe ser bien recibido por constituir una norma racional, bien equilibrada y muy realista. Además de lo anterior, el Reglamento Roma I recibe una gran parte del material normativo del Convenio de Roma de 1980, lo que constituye una herencia, sin duda, muy positiva que se ha aprovechado bien. Ante la imposibilidad de acometer en esta sede una exposición de conjunto del Reg. Roma I, me ceñiré a *tres cuestiones concretas*: la autonomía de la voluntad (art. 3 Reg. Roma I), los contratos de consumo (art. 6 Reg. Roma I) y las denominadas leyes de policía (art. 9 Reg. Roma I). No es ésta una elección injustificada. La *autonomía de la voluntad* constituye la *clave de bóveda (clé de voûte)* del sistema erigido por el Reglamento (S. POILLOT-PERUZZETTO)²². La regulación de los *contratos de consumo* es, quizás, una de las novedades con respecto al Convenio de Roma de 1980 más esperadas desde distintos medios jurídicos. El tratamiento dispensado a las denominadas *leyes de policía* pone fin a una vieja y enconada polémica acerca del intervencionismo estatal en la contratación internacional.

II. La autonomía de la voluntad.

1. Concepto y fundamento.

10. El contrato internacional se rige, en primer lugar, por la Ley elegida por las partes (art. 3.1 Reg. Roma I). Es ésta la denominada *autonomía de la voluntad conflictual* o derecho de los contratantes a designar la ley aplicable al fondo del contrato internacional (*Grundsatz der Parteiautonomie, kollisionsrechtliche Parteiautonomie*)²³. El Reglamento Roma I sigue, en este punto, la estela

²¹ En el pasado, la práctica de nuestros tribunales en relación con el Convenio de Roma ha sido, en general, correcta desde el punto de vista de su aplicación temporal: nuestros tribunales han recurrido a él para resolver litigios sobre contratos internacionales celebrados después del 1 septiembre 1993 (SAP Murcia 11 diciembre 1995; STS 3 julio 2003; AAP Tarragona 23 octubre 2004; STS, de lo Social, 17 enero 2005; STS 8 abril 2005; STSJ Madrid, de lo Social, 25 abril 2005; STSJ Madrid, de lo Social, 20 diciembre 2005; STS 30 diciembre 2005; STSJ Madrid, de lo Social, 28 febrero 2006); aunque, sin duda, haya algunos *supuestos patológicos* que han atraído la atención de la doctrina: El Convenio de Roma ha sido aplicado a contratos concluidos antes de su entrada en vigor para España (ATSJ Madrid, de lo Social, 29 marzo 1999 [contrato estipulado en 1991]; STS, de lo Social, 22 mayo 2001 [contrato concluido en 1987]) o ha dejado de serlo a contratos que sí habían sido estipulados después (SAP Madrid 3 mayo 2006). *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, "El Convenio de Roma de 1980...", pp. 125-127; *Id.*, *El Reglamento Roma I...*, pp. 15-22.

²² S. POILLOT-PERUZZETTO, "Le règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Répertoire de Droit communautaire, Cahiers de l'actualité*, 2008-5, pp. 3-11, concr. p. 3.

²³ Sobre la *autonomía de la voluntad conflictual*, *vid.*, *ad ex.*, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en Derecho internacional privado español", *REDI*, 1990, vol. LXII, pp. 125-152; J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las cláusulas Paramount: autonomía de la voluntad y selección del Derecho aplicable en el transporte marítimo internacional*, Madrid, 1997; B. ANCEL, "Autonomía de la voluntad y Derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y México", *AEDIPr.*, t. II, 2002, pp. 33-45; P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979; B. BENDREF, "Vereinbarung neutralen Rechts in internationalen Verträgen", *RIW*, 1980, pp. 386-389; A. BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford, 2008; E. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en Droit International Privé*, Paris, 1927; S.M. CARBONE/R. LUZZATTO, "Contratti internazionali, autonomia privata e diritto materiale uniforme", *Dir.com.int.*, 1993, pp. 755-790; O. CASANOVAS Y LA ROSA, "La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado", *ADC*, 1976, pp. 1003-1020; E. CASTELLANOS RUIZ, *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional*, Gra-

de su precursor²⁴. Nada tiene esto de extraño: “Quizás la regla de DIPr. más ampliamente aceptada de nuestro tiempo es que las partes de un contrato son libres de estipular qué Derecho gobernará su transacción” (R.J. WEINTRAUB)²⁵.

11. De la misma manera que las partes tienen libertad para elegir el Derecho aplicable a un contrato internacional, también la tienen para limitarse a disponer que uno o varios ordenamientos jurídicos estatales no resultarán aplicables a su contrato (*negative Rechtswahl*): En este supuesto, la ley rectora del contrato se determinará conforme a los criterios objetivos establecidos por el Reg. Roma I para fijar la *lex contractus* en defecto de la autonomía de la voluntad (en especial, el art. 4 Reg. Roma I) (D. MARTINY)²⁶.

12. Aunque el art. 3.1 Reg. Roma I se refiera simplemente al “contrato” y no al “contrato internacional”, es fácil sostener que la libertad de elección de ley se refiere a este último por dos razones (B. AUDIT):

nada, 1998; ID., *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en el transporte internacional*, Granada, 1999; ID., “Autonomía conflictual y contratos internacionales: algunas reflexiones”, en A.-L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (Eds.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, 2005, pp. 425-476; ID., “*Lex Mercatoria* y autonomía privada en materia de contratos internacionales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. OVIEDO ALBÁN [Directores], *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 55-117; A. CURTI GIALDINO, “La volonté des parties en droit international privé”, *RCADI*, 1972, vol. 137, pp. 743-914; A. DANGER, *Die Rechtswahl bei internationalen Schuldverträgen aus der Sicht des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin, 2008; G.R. DELAUME, “L’autonomie de la volonté en Droit international privé”, *RCDIP*, 1950, pp. 321-340; A. DE DONATIS, *L’autonomia delle parti e la scelta della legge applicabile al contratto internazionale. Gli ordenamenti interno e convenzionale e il progetto di riforma del 1990 del diritto internazionale privato*, Padova, 1991; W. HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931; H. HEISS, “Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischen Internationalen Privatrecht?”, *RabelsZ*, 65, 2001, pp. 634-653; J.M. JACQUET, *Principe d’autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983; ID., “L’incorporation de la loi dans le contrat”, *TCFDIP*, 1993/95, pp. 23-39; E. JAYME, “Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, en *Festschrift Werner Lorenz*, Tübingen, 1991, pp. 435-464; ID., “Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie”, en B. JUD/W.H. RECHBERGER/G. REICHEL (Hrsg.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union: Neue Fragen des Internationalen Privats- und Zivilverfahrens*, Wien, 2008, pp. 63-75; A. JUNKER, “Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen – Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht”, *IPRax*, 1993, pp. 1-10; O. LANDO, “Party Autonomy in the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, en AA.VV., *L’influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruxelles, 1981, pp. 191-208; M. LIENARD-LIGNY, “L’autonomie de la volonté face aux lois impératives dans les contrats internationaux”, *Annales de la Faculté de Droit de Liege*, 1968, pp. 5-25; E. LORENZ, “Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht. Grundsatz und Grenzen”, *RIW*, 1987, pp. 569-584; R.A. MALLMANN, “Rechtswahlklauseln unter Ausschluss des IPR”, *NJW*, 2008, pp. 2953-2958; W. MINCKE, “Die Parteiautonomie: Rechtswahl oder Ortswahl?”, *IPRax*, 1985, pp. 313-317; K.H. NEUMEYER, “Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations”, *RCDIP*, 1957, pp. 579-604 y 1958, pp. 53-78; J.P. NIBOYET, “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *RCADI*, 1927, vol. 16, pp. 1-116; P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999; J.C. POMMIER, *Principe d’autonomie et loi du contrat en Droit international privé conventionnel*, Paris, 1992; W.L.M. REESE, “Power of Parties to Choose Law Governing their Contracts”, *Proceedings of American Society of International Law*, 1960, vol.54, pp. 49-69; ID., “Choice of Law in Torts and Contracts and Directions for the Future”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1977, pp. 1-21; G. RÜHL, “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, en *Conflict of Laws in a Globalized World – Essays in Memory of Arthur Taylor von Mehren*, 2007, pp. 153-183; C.M. SCHMITTHOFF, “The Limits of Party Autonomy”, en CH.J. CHENG (Ed.), *Clive M. Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, Boston, London, 1988, pp. 584-595; K. SIEHR, “Die Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht”, en *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich, 1989, pp. 485-510; S. SIMITIS, “Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht”, *JuS*, 1966, pp. 209-217; W. WENGLER, “Choice of Law and Forum in Contracts: Germany and other European Countries”, *Proceedings of The Sixth International Symposium on Comparative Law*, Ottawa, 1969, pp. 189-202; ID., *IPR-Rechtsnormen und Wahl des Vertragsstatuts. Parteiautonomie im internationalen Privatrecht, insbesondere unter der Rom-Convention vom 19.6. 1980*, Vortrag, Saarbrücken, 1991; C.F. WETZLER, *Rechtswahlklauseln*, Köln, 2005.

²⁴ Sobre la autonomía de la voluntad conflictual en el Reg. Roma I, *vid., ad. ex.*, S. LEIBL, “Choice of the Applicable Law”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Zürich, 2008, pp. 61-75; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung) – Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung”, *IPRax*, 5/2008, pp. 377-386.

²⁵ R.J. WEINTRAUB, “Functional Developments in Choice of Law for Contracts”, *RCADI*, 1984, t. 187, p. 239.

²⁶ D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. p. 66.

1ª) Porque dicho Reglamento es aplicable a las obligaciones contractuales “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes” (art. 1.1 Reg. Roma I), como es, por antonomasia, el caso de las *obligaciones contractuales internacionales*²⁷;

2ª) Porque, si el único elemento de extranjería de un contrato es la elección de la ley efectuada por las partes (*contrato objetivamente interno, pero subjetivamente internacional*), ésta no podrá oponerse a la aplicación del Derecho imperativo del ordenamiento jurídico que, en defecto de elección de ley por las partes, hubiera sido competente: “[c]uando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo” (art. 3.3 Reg. Roma I)²⁸.

13. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad conflictual como principio rector de los contratos internacionales fue el *resultado de un proceso evolutivo dilatado en el tiempo*²⁹. En un principio, hasta bien avanzado el siglo XIX, los contratos internacionales estuvieron sometidos a la ley del lugar de su conclusión (*Lex loci contractus*): Ésta es la solución dispuesta por la Ley 15, título 14, Partida III del Rey Sabio. Aunque la explicación doctrinal (BALDO, CURTIUS, ODOFREDO, BALDUINO...), basada en la Ley *Si fundus* del Digesto, era que los estatutos contractuales contemplaban los contratos celebrados en el territorio del Estado respectivo –y esto era respetuoso con la soberanía de dicho Estado–, hubo un cúmulo de factores que explican que dicha regla permaneciese inalterada durante siglos. Uno de ellos era la existencia de usos específicos para los contratos comerciales (la denominada *Lex Mercatoria*)³⁰. Otro fue el hecho de que la mayoría de los contratos internacionales estaba formada por *contratos entre presentes*. En el siglo XIX, otro cúmulo de factores explica que la aparición de un principio regulador nuevo fuese no sólo necesaria, sino incluso inaplazable. Por un lado, el desarrollo de los medios de comunicación a distancia y de transporte favoreció la multiplicación de los *contratos entre ausentes*. Por otro, la codificación estatal del Derecho privado mostró claramente la existencia de *leyes particulares de los Estados*, diferentes de unos a otros, que no podían ser ignoradas a la hora de regular contratos internacionales; es decir, contratos conectados con varios ordenamientos estatales³¹. Dicho con otros términos, la regulación de los contratos internacionales pasó por la solución de un *conflicto de leyes*.

Para solucionarlo, se acudió, en el siglo XIX, a la *autonomía de la voluntad (Lex voluntatis)*. Es cierto que:

²⁷ Vid., ad ex., G.R. DELAUME, “What’s an International Contract? An American and Gallic Dilemma”, *ICLQ*, 1979, vol. XXII, pp. 258-279; P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, 1991, pp. 287-340; P. LALIVE, “Sur la notion de contrat international”, en *Multum non Multa: Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg, 1980, pp. 135-155; O. LANDO, “International situations and ‘situations involving a choice between the laws of different legal systems’”, en K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonisation of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 15-24; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., con cr. pp. 70-72; R. DE NOVA, “Quando un contratto è internazionale?”, *RDIPP*, 1978, vol. XIV, pp. 665-689 (también como “Wann ist ein Vertrag ‘international?’”, en *Konflikt und Ordnung. Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, München, 1978, pp. 307-323); A. SINAGRA, “Natura e contenuto della internazionalità dei contratti”, en *Etudes en l’honneur de Roberto Ago*, IV, Milano, 1987, pp. 349-382.

²⁸ B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 680-681.

²⁹ Excede del propósito de este estudio, un análisis pormenorizado de la génesis y evolución histórica de la idea de autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito de los contratos internacionales. Quien desee profundizar esta materia puede consultar, ad ex., B. AUDIT, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, 2008, pp. 148-154; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª ed., Granada, 2008, pp. 457 y ss., con cr. pp. 473-474; S. GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes en matière de contrats dans la jurisprudence des Parlements, de Du Moulin au Code Civil*, Paris, 1980; V. RANOUIL, *L’autonomie de la volonté: Naissance et évolution d’un concept*, Paris, 1980.

³⁰ Para una caracterización sumaria de la *Lex mercatoria*, una serie de usos y prácticas surgidos en la Europa occidental, cuya vigencia se extiende de finales del siglo XI y principios del XII al siglo XIV, y relacionados con el ejercicio del comercio por mercaderes de varios procedentes de varios países, que regularmente contrataban entre sí en ferias a las que acudían con periodicidad, vid., per omnia, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 27-32 y bibliografía allí indicada.

³¹ La codificación decimonónica fue la lápida que selló la tumba de la *Lex mercatoria*. Pero la enfermedad que la llevó a la tumba se remonta al siglo XV, propiciada por dos fenómenos históricos: el hundimiento del comercio a causa de las guerras que devastaron a Europa y el surgimiento del Estado moderno. Para una rápida síntesis histórica, vid., ad ex., L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 35-37.

1º) La idea de que las partes elijan la ley aplicable a sus relaciones no resultaba del todo extraña. Primero, en el Medioevo, se justificó la aplicación de la ley del lugar de conclusión del contrato, asegurando que era la implícitamente querida por las partes (CURTIUS): si éstas habían querido contratar en un lugar determinado y no en otro, era porque habían optado porque fuese dicha ley y no otra la que les vinculase. Segundo, si se aplicó al régimen económico matrimonial la ley del primer domicilio de los esposos, es porque se consideró que aquél era un contrato tácito y que ésta reflejaba una elección implícita por los esposos (DU MOULIN).

2º) La exaltación de la libertad individual tanto por el liberalismo como por el Romanticismo favorecieron que, en el siglo XIX, autores (F. LAURENT, P.S. MANCINI, A. WEISS...), leyes estatales (art. 9 del Título preliminar del C.c. italiano de 1865...) y resoluciones judiciales (sentencia Reichsgericht 15 junio 1982, sentencia Cour de cassation francesa 5 diciembre 1910, *American Trading*,...) admitieran sin ambages que las partes pudiesen elegir la ley aplicable a un contrato internacional³². No fue irrelevante el hecho de que, en aquella época, la mayoría de las normas de Derecho de contratos fuese dispositiva y no imperativa.

3º) La afirmación de un nuevo principio –la autonomía privada como rectora de los contratos internacionales– se tradujo en *tres niveles de reconocimiento*: la *voluntad expresa* (= la ley que las partes afirman haber querido), la *voluntad implícita* (= la ley que las partes han querido, aunque no lo hayan afirmado) e, incluso, en algunos países, la *voluntad hipotética* (= la ley que las partes hubieran debido querer, si se hubieran planteado esta cuestión).

14. “La libertad de las partes de elegir la ley aplicable –explica el considerando 6 Reg. Roma I– debe constituir *una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes* en materia de obligaciones contractuales”³³. Ahora bien, al margen de cuál haya sido su origen histórico, cabe preguntarse cuáles son las *razones* que justifican dicha solución en la actualidad³⁴. Éstas son tres:

a) Primera: La *realización de los intereses materiales de las partes (Parteiinteressen)*³⁵. Las partes pueden elegir el Derecho más adecuado para el contrato de que se trate. Éste puede ser, *ad ex.*, el Derecho del país con el que, al menos uno de los contratantes, esté más familiarizado, el Derecho que rija la mayoría de los contratos concluidos por una empresa (= estandarización que tiene, como finalidad, ahorrar *costes de transacción*), el Derecho de un país que regule de manera técnicamente más perfecta determinado tipo contractual o incluso un Derecho neutral (*neutrales Recht*) –es decir, el Derecho de un Estado que no se corresponde con la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual de los contratantes o con el que ninguno de ellos tienen relación de ningún tipo–. *Ejemplo 1*: Una empresa turca y una empresa alemana eligen, como *lex contractus*, el Derecho suizo (sentencia OLG München 18 diciembre 1985)³⁶. *Ejemplo 2*: Las partes acuerdan someter al Derecho de la Isla de Man contratos de *time-sharing* relativos a inmuebles en España (sentencia LG Düsseldorf 12 abril 1994)³⁷. En todo caso, las partes consiguen la *seguridad jurídica preventiva*. Esto significa, por un lado, que las partes pueden fijar de antemano conforme a qué ordenamiento jurídico podrán exigirse sus obligaciones y, en caso de incumplimiento, cuáles son las sanciones a que podrá recurrirse (= permite elegir entre varios posibles ordenamientos jurídicos) (SAP Málaga 29 octubre 2002; SAP Madrid, de lo Social, 18 julio 2005)³⁸.

³² El texto de la sentencia Cour de cassation francesa 5 diciembre 1910, *American Trading*, se encuentra en *JDI Clunet*, 1912, p. 129; el de la sentencia Reichsgericht 15 junio 1982, en *JDI Clunet*, 1894, p. 154.

³³ Vid. H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 12.

³⁴ Vid. texto de la Resolución del IDI de 31 agosto 1991 sobre la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales entre personas privadas, *RCDIP*, 1992, p. 198. En doctrina, *vid.*, *ad ex.*, M. GIULIANO, “La loi d’autonomie: le principe et sa justification theorique”, *RDIPP*, 1979, pp. 217-235; G. VAN HECKE, “Signification et limites du principe de l’autonomie de la volonté dans les contrats internationaux”, *RDIDC*, 1955, pp. 81-98.

³⁵ En general, *vid.* H. BATIFFOL, “Les intérêts de droit international privé”, en *Mélanges G. Kegel*, Frankfurt, 1977, pp. 11-21, y G. BRAIVE, “L’historien et l’équivocité du concept d’intérêt – Aspects critiques et sémantiques”, en M. VAN DE KERCHOVE/F. OST/P. GÉRARD (Dir.), *Droit et intérêt – approche interdisciplinaire*, vol. 1, Bruxelles, 1990, pp. 25-35; A. BUCHER, “Vers l’adoption de la méthodes des intérêts? Réflexions à la lumière des codifications récentes”, *TCFDIP*, 1993-1995, pp. 209-237; A. GERVAIS, “Quelques réflexions à propos de la distinction des ‘droits’ et des ‘intérêts’”, en *Mélanges Paul Roubier*, t. 1, Paris, 1961, pp. 241-252; G. KEGEL, “Begriff- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht”, en *Festschrift Hans Lewald*, 1953, pp. 259-288; P. LÉBOULANGER, “La notion d’‘intérêts’ du commerce international”, *Rev. arb.*, 2005, pp. 487-506.

³⁶ Texto en *IPRax*, 1986, con nota de E. JAYME.

³⁷ Texto en *RIW*, 1995, p. 415, con nota de P. MANKOWSKI en p. 366.

³⁸ Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, “El Convenio de Roma de 1980...”, p. 152; Id., *El Reglamento Roma I...*, pp. 56-57.

Pero, por otro, también significa que son ellas y no terceros (jueces o árbitros) quienes podrán determinar el marco jurídico más idóneo para que se desarrollen sus actividades (= permite que sean ellas y no otras personas quienes lleven a cabo tal elección). En definitiva, como ya señalara, a finales de los años 50, F. GAMILLSCHEG, toda elección de la Ley aplicable es una pieza de cálculo comercial, que, con frecuencia, es base suficiente para la distribución de la carga del aseguramiento (de unas prestaciones) y un reflejo de unas determinadas circunstancias económicas: “Jede Rechtswahl ist ein Stück kaufmännischer Kalkulation, häufig genug Grundlage der Verteilung der Versicherungslast, damit Spiegelbild wirtschaftlicher Gegebenheiten”³⁹.

Es cierto que a una *parte económicamente mucho más débil* que otra (caso, *ad ex.*, de consumidores, trabajadores, asegurados) puede interesar justo lo contrario: que no haya elección de ley. En efecto, la otra parte contratante puede querer privarla de los beneficios de ciertas normas protectoras. Pero, para salvaguardarlas, existe el denominado *orden público de protección*⁴⁰. Éste se puede concretar en normas especiales para ciertos contratos (*ad ex.*, contratos internacionales de consumo) (*Schutz der schwächeren Vertragspartei, Ausgleich privater Interessen*) (*Parteischutzvorschriften, Sonderprivatrecht*) o, en un caso extremo, en normas internacionalmente imperativas (las denominadas *leyes de policía*) (*Eingriffsnormen*)⁴¹.

b) Segunda: La *satisfacción de los intereses de los Estados*. La autonomía de la voluntad conflictual no se opone al *interés de los Estados*. Como ha señalado acertadamente B. AUDIT, la libertad de elección permite tanto a organismos públicos como a empresas privadas contratar con operadores extranjeros “que no desean necesariamente someterse a su ley; este interés es, en general, más fuerte para los Estados que el de aplicar a una operación aislada una disposición prevista, sobre todo, para el orden interno [...]”⁴².

c) Tercera: La *satisfacción de los intereses de la comunidad internacional en su conjunto*. El reconocimiento de la libertad de las partes para elegir la ley que consideren apropiada facilita la conclusión de contratos y, por tanto, favorece las operaciones del *comercio internacional*. Sin éstas, los Estados industrializados no podrían mantener el nivel de vida de sus ciudadanos. Sin ellas, los Estados en vías de desarrollo no podrían aspirar a incrementar, de forma considerable, su PIB. Dicho con otros términos, “los Estados honrarían los acuerdos de elección de ley libremente negociados en orden a asegurar las condiciones necesarias para el funcionamiento del comercio internacional, que les beneficia incluso en las ocasiones en que su Derecho no es aplicado” (M. LEHMANN)⁴³.

En definitiva, si, desde el punto de vista histórico, el triunfo de la autonomía conflictual de la voluntad supuso una opción entre varias posibles leyes, en la actualidad supone mucho más que la solución a un dilema (*Verlegenheitslösung*) (D. MARTINY)⁴⁴. Supone el reconocimiento de una “doctrine of convenience and business efficacy” (W. LORENZ)⁴⁵.

15. Una polémica históricamente superada es la de si la voluntad de las partes, que sólo puede producir efectos jurídicos cuando una ordenamiento jurídico así lo reconoce, podía situarse “por encima” de las legislaciones nacionales y determinar cuál de ellas era competente para regir un contrato internacional. Para responder a esta cuestión, surgió la idea del *estatuto primario o de base* (*das primäre Statut*)⁴⁶. Existe –se decía– una ley que decide si, cómo y cuándo las partes de un contrato internacional

³⁹ F. GAMILLSCHEG, “Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht”, *AcP*, 157, 1958/59, pp. 303 y ss., concur. p. 316.

⁴⁰ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

⁴¹ *Vid.* A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich, 2008*, pp. 217-237, concur. pp. 228-229.

⁴² B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 155.

⁴³ M. LEHMANN, “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws”, *Vand. J. transnat'l L.*, 41, March, 2008, pp. 381-434, concur. p. 394.

⁴⁴ D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concur. p. 64.

⁴⁵ W. LORENZ, *Vertragsschluß und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht Englands*, Heidelberg, 1957, p. 154.

⁴⁶ Para una visión de conjunto de esta antigua polémica, *vid.*, *ad ex.*, D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concur. pp. 69-70.

pueden señalar cuál es la ley aplicable a éste (= los contratantes pueden elegir el Derecho aplicable a su operación; porque es el propio Derecho el que lo permite). Cuestión distinta es que se discutiera cuál era ese Derecho: si el de la nacionalidad de los contratantes, el de su domicilio, el de conclusión o el de ejecución del contrato. En la actualidad, es pacífica la opinión de que el estatuto primario es el sistema de DIPr. del foro, que puede, según los casos, estar formado por normas de conflicto internas (*ad ex.*, el art. 10 C.civ.) o internacionales (*ad ex.*, Reg. Roma I). Pero, aun así, queda sin responder por qué el Estado permite a las partes que elijan la ley aplicable. Existen dos extremos –quienes, como J. BEALE, creyeron que debía prohibirse, puesto que suponía un permiso para que las partes realizaran un acto legislativo y quienes la admiten, aunque consideran, como G. KEGEL, que no es más que un recurso provisional que se aplica porque no hay otra norma de conflicto mejor–. Entre ambos extremos, ha quedado un espacio para la argumentación. Éste lo han ocupado diferentes explicaciones teóricas para justificar, en última instancia, la autonomía de la voluntad conflictual: la libertad contractual como principio jurídico universal, la teoría de la incorporación (= las partes incorporan las normas jurídicas de un Estado a su acuerdo), la teoría de la localización, la protección de las expectativas razonables de las partes, la posibilidad de que la ley propia sea, al menos, tan aplicada como excluida por las partes de contratos internacionales (= *a kind of lottery in which a state's law has an equal chance to be chosen as another's* [M. LEHMANN]) o, por último, el favorecimiento del comercio internacional⁴⁷.

16. Dado que las partes son libres para elegir la ley rectora del contrato, cabe preguntarse *qué queda del Derecho imperativo de los Estados*. El temor a que éste se “evapore” ante la internacionalización de la vida cotidiana es más aparente que real. Dos datos avalan esta afirmación:

17. 1º) *Primera hipótesis: Contratos subjetivamente internacionales* (= contratos objetivamente internos, cuyo único elemento extranjero es la sumisión a un tribunal o una ley extranjera). La facultad de elegir la ley aplicable se reserva, en principio, a los *contratos auténticamente internacionales*. Es cierto que “[...] los casos de fraude patente, por internacionalización artificial de un contrato interno, son prácticamente inexistentes” (B. AUDIT)⁴⁸. Pero, si no fuera así, cabría recordar que los ordenamientos jurídicos no han permanecido indiferentes ante el uso que las partes hayan hecho de su facultad de elegir la ley aplicable. *Ejemplo 1:* Se ha señalado que la elección de ley por las partes debe ser “de buena fe y lícita” (fórmula conocida de la sentencia del *Private Council* inglés en el célebre caso *Vita Foods Products v. Unus Shipping*, [1939] A.C. 277). *Ejemplo 2:* Cuando todos los elementos de un contrato están situados en un solo país, la elección de una ley extranjera no permite eludir las disposiciones imperativas del Estado de que se trate (art. 3.3 Reg. Roma I).

18. 2º) *Segunda hipótesis: Contratos objetivamente internacionales* (= contratos objetivamente internacionales, por la presencia de uno o varios elementos de extranjería, con independencia del tribunal que conozca de ellos o de la ley que resulte aplicable). En el caso de *contratos auténticamente internacionales*, se debe partir de dos postulados. *Primer postulado:* Ningún Estado puede pretender que todas sus normas imperativas sean aplicables a un contrato que también está conectado con el Derecho de otros Estados (B. AUDIT)⁴⁹. *Ergo*, algunas de ellas (la mayoría) deben conceptuarse como *normas simplemente imperativas* (*dispositions simplement impératives, mandatory provisions*); mientras que otras (la minoría) pueden calificarse como *normas internacionalmente imperativas* (*internationale mandatory provisions, dispositions internationalement impératives*) (B. AUDIT)⁵⁰. *Segundo postulado:* Tanto si las partes han elegido el Derecho aplicable al contrato como si no lo han hecho, existen *intereses públicos* que no pueden ser sacrificados ni en aras de la autonomía privada ni del comercio internacional: la solución no pasa por la negación de la facultad de elección (B. AUDIT)⁵¹. Existen otras posibles soluciones. *Ejemplo 1:* Se puede defender la aplicabilidad de ciertas disposiciones imperativas especialmente co-

⁴⁷ Excelente síntesis en M. LEHMANN, “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws”, *Vand. J. transnat'l L.*, 41, March, 2008, pp. 381-434, concur. pp. 387-394.

⁴⁸ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 155.

⁴⁹ B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 151-152 y 156.

⁵⁰ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 156, nota 1.

⁵¹ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 156.

nectadas con el contrato internacional, cuando se trate de *normas internacionalmente imperativas o leyes de policía* (art. 9 Reg. Roma I). *Ejemplo 2*: Se puede elaborar normas de conflicto especiales, cuando se trate de sectores sociales en que abunden dichas disposiciones imperativas. Éste es el caso, *ad ex.*, de los contratos con consumidores (art. 6 Reg. Roma I) o con trabajadores (art. 8 Reg. Roma I).

19. Una *consecuencia* obligada de la admisión de la autonomía de la voluntad conflictual, como criterio rector de los contratos internacionales, es la *exclusión del reenvío*⁵². En efecto, cabe suponer que, si los contratantes son capaces de elegir la ley de un Estado es porque quieren que ésta sea aplicada y no que lo sea la ley de un tercer Estado como resultado de una norma de conflicto del Estado cuyo Derecho se prefirió: “[...] sería poco realista considerar que la tuvieron en cuenta y dieron por supuesta su aplicación” (B. AUDIT)⁵³. Lo razonable es considerar que la voluntad de las partes no se ha referido más que a la ley rectora del fondo del asunto y no a una norma de conflicto que pueda designar competente la ley de otro Estado. Ésta es una idea que reflejan con claridad algunos sistemas estatales de Dipr. –caso, *ad ex.*, del art. 4 II EGBGB, que está considerado una regla interpretativa (*Auslegungsregel*), en la que se establece la presunción *iuris tantum* de que las partes designan el Derecho material aplicable (*das anwendbare Sachenrecht*)⁵⁴. También expresa la anterior idea el propio art. 20 Reg. Roma I, si bien con motivación y alcance parcialmente diferentes: “*Exclusión del reenvío.*– Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa”⁵⁵. Por lo demás, aunque sea una hipótesis controvertida en la doctrina alemana, nada impide, en principio, que las partes se sometan al DIPr. de un determinado Estado, si así lo desean (= la elección de normas de conflicto equivaldría a la elección del último Derecho material aplicable): si las partes pueden elegir las normas jurídicas sustantivas aplicables a un contrato internacional, también pueden elegir sus normas jurídicas conflictuales (*argumentum a maiore ad minus*) (*ad ex.*, S. LEIBLE)⁵⁶. *Ejemplo*: Una empresa exportadora rusa y una empresa importadora alemana pueden pactar, mediante una *cláusula compromisoria*, la competencia de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Cabe la posibilidad de que además pacten la siguiente cláusula: “The arbitration award shall be made in conformity with the rules to be applied pursuant to the rules of conflict of laws of Sweden”. En este ejemplo, como señala el prof. D. MARTINY, existe una remisión al Dipr. de Suecia, que, a su vez, reenvía al ordenamiento jurídico del vendedor. Por tanto, en definitiva, las partes habrían elegido el Derecho material ruso⁵⁷.

2. La elección de ley: condiciones.

20. Las partes pueden elegir la ley aplicable a su contrato (art. 3 Reg. Roma I). Pero se exige que la elección de la ley sea clara, se refiera a una ley estatal y se haga mediante un pacto válido (el *pactum de lege utenda*).

A) Claridad de la elección de ley.

21. La elección de la ley aplicable al contrato puede ser expresa o resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias del caso: “[...] Esta elección deberá manifestarse expresamente o re-

⁵² B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 194-195, 198 y 701-702; S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, p. 67; S. RUGULLIS, “Die Rechtswahl nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB – Sachnorm oder Gesamtverweisung?”, *ZvglRW*, 2007, pp. 217-227.

⁵³ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 198.

⁵⁴ *Vid.*, *ad ex.*, D. MARTINY, “Art. 35. Rück- und Weiterverweisung. Rechtsspaltung”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10 (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche [Art. 1-46] Internationales Privatrecht*), 4ª ed., München, 2006, pp. 2253 y ss., concr. p. 2255; P. MANKOWSKI, “Der Allgemeine Teil des deutschen Internationalen Privatrechts”, en C. VON BAR/P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. I (*Allgemeine Lehren*), München, 2003, pp. 550 y ss., concr. p. 693; H.J. SONNENBERGER, “Art. 4. Rück- und Weiterverweisung; Rechtsspaltung”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10 (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche [Art. 1-46] Internationales Privatrecht*), 4ª ed., München, 2006, pp. 401 y ss., concr. p. 431-432.

⁵⁵ B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 701-702.

⁵⁶ S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, pp. 67-68.

⁵⁷ D. MARTINY, “Art. 35 [...]”, p. 2255.

sultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso [...]” (art. 3.1 Reg. Roma I)⁵⁸.

22. Del art. 3.1 Reg. Roma I se infieren *tres consecuencias inmediatas*:

1^a) El Reglamento se ha apartado de las antiguas *teorías subjetivistas*. Éstas ponían el acento en la voluntad de las partes y, como resultado de ello, no sólo admitían la voluntad expresa, sino también la implícita e, incluso, la hipotética⁵⁹.

2^a) Para el Reglamento, por el contrario, lo único que se exige es que la voluntad sea clara, que la elección de las partes carezca de ambigüedad. Reconoce, pues, la voluntad expresa (*express agreements on choice of law, tacit choice-of-law, ausdrückliche Rechtswahl*) y tácita (*implied agreements on choice of law, schlüssige Rechtswahl*). Rechaza, en cambio, la voluntad hipotética (*hypothetische Willen*)⁶⁰.

Aunque las versiones lingüísticas de este artículo no son exactamente coincidentes, esto no resta, en mi opinión, un solo ápice de verdad a las anteriores afirmaciones⁶¹. Cuestión distinta es que pueda alimentar los argumentos ante los tribunales de partes con intereses contrapuestos.

3^a) Cabe prever que, en la práctica forense, los litigios se centrarán en los casos en que se discuta la existencia de una voluntad implícita. Los ejemplos de la jurisprudencia generada por el Convenio de Roma de 1980 podrán ser de gran utilidad.

23. Cabe entender que la elección de ley resultará de las *disposiciones del contrato (aus den Bestimmungen des Vertrages)* en los siguientes supuestos:

1^o) Cuando una *cláusula del contrato* formule, de manera explícita, dicha elección con *carácter general* (acuerdo sobre el Derecho aplicable [*pactum de lege utenda*]). *Ejemplo*: “El presente contrato se regirá por la Ley X”. Los tribunales españoles suelen interpretar, en general, con mayor o menor corrección este tipo de cláusulas (*ad ex.*, STSJ Madrid, de lo Social, 21 septiembre 2004 [“sumisión expresa a la legislación portuguesa”], en realidad una *cláusula de incorporación por referencia*; STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de lo social, 7 marzo 2005 [“la legislación española como la aplicable al desenvolvimiento de los mismos”])⁶². No veo, en cambio, manera de justificar que, por falta de prueba, la SAP Barcelona 15 junio 2005, acabe aplicando el Código de comercio español a una compraventa internacional celebrada entre dos empresas con establecimientos en España y Alemania, en la que las partes se habían sometido al Derecho alemán y, en todo caso, se hubiera podido aplicar directamente la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías⁶³.

⁵⁸ E. LORENZ, “Die Auslegung schlüssiger und ausdrücklicher Rechtswahlerklärungen im internationalen Schuldvertragsrecht”, *RIW*, 1992, pp. 697-728.

⁵⁹ *Vid.*, *ad ex.*, H. BATIFFOL, “Subjetivisme et objetivisme dans le droit international privé des contrats”, en *Mélanges Jacques Maury*, t. I, Paris, 1960, pp. 39-58; F. DÉBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973, conctr. pp. 227-272; J.M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983, conctr. pp. 177-191.

⁶⁰ La Comisión, el Consejo y el Parlamento europeo estaban de acuerdo en que la voluntad podría ser expresa o tácita y ésta inferirse de las disposiciones del contrato o de las circunstancias del caso. En principio, además, la Comisión se mostró dispuesta a admitir que un tribunal pudiese inferir la voluntad de elegir un determinado Derecho a partir del propio comportamiento de las partes (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales [Roma I], presentada por la Comisión, Bruselas, 15 diciembre 2005, COM [2005] 650 final). Pero esta postura se prestaba a serias críticas. Primera: Suponía otorgarle un gran poder interpretativo a los tribunales. Algunos, en efecto, podrían ver en ello el deseo de resucitar una *voluntad hipotética*. Segunda: ¿Cuáles eran los comportamientos de las partes relevantes a la hora de determinar el Derecho aplicable? *Ergo*, era una fuente de inseguridad jurídica. Tercera: Si se admitía que ciertos comportamientos de las partes, por desvelar, podían servir para que un órgano judicial fijase el Derecho aplicable a un contrato internacional, ¿qué quedaba entonces de la posibilidad de deducir el Derecho aplicable a partir de las “circunstancias del caso”? Por tanto, la propuesta hubiera sido, al menos en buena parte, redundante o el recurso a las circunstancias del caso sería supérfluo. Por todo ello, Consejo y Parlamento europeo decidieron prescindir de cualquier veleidad interpretativa relacionada con la voluntad hipotética. De los avatares de esta cuestión, da noticia R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 378.

⁶¹ En el texto finalmente aprobado como art. 3.1 Reg. Roma I, la expresión “de manera inequívoca” equivale, en inglés, a “clearly demonstrated”, en francés, a “clairement”, y, en alemán, a “eindeutig”. Pero nada tiene esto de extraño, si tenemos en cuenta que ya el art. 3.1 del Convenio de Roma de 1980 hacía equivaler “de manera cierta” a “reasonable certainty”, “de façon certaine” y “mit hinreichender Sicherheit”. *Vid.*, *ad ex.*, O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, p. 1698; S. LEIBLÉ, “Choice of the Applicable Law”, p. 64; S. LEIBLÉ/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 528-544, conctr. p. 532; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 379.

⁶² *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, “El Convenio de Roma de 1980...”, pp. 152-153; *Id.*, *El Reglamento Roma I ...*, pp. 59-64.

⁶³ *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, “El Convenio de Roma de 1980...”, p. 153; *Id.*, *El Reglamento Roma I ...*, pp. 60-63.

2º) Cuando una *cláusula del contrato* se refiera, en especial, a una ley estatal para resolver una *cuestión particular*, siempre que no se combinen con referencias a otros ordenamientos jurídicos que desvirtúen el sentido de lo anterior⁶⁴. *Ejemplo*: “El vendedor responde de los vicios ocultos en las condiciones previstas por el art. X del Código civil (español, francés, italiano...)”. Es cierto que cabría sostener una interpretación *a contrario sensu*: Si las partes someten una cuestión concreta a una ley especial, es porque quieren que el resto del contrato se rija por otra. Pero hay una razón más convincente a favor de la primera interpretación: No cabe presumir que las partes hayan querido que el contrato esté sometido a varias leyes⁶⁵.

Un caso especial es el de la denominada *construction clause*, frecuente en contratos internacionales redactados en inglés: Según dicha cláusula, los términos y cláusulas contractuales deberán interpretarse conforme a un determinado ordenamiento jurídico: “... shall be construed in accordance with the X law” o “... are to be construed in accordance with X law”. Como ha señalado la doctrina (*ad ex.*, D. MARTINY) este tipo de cláusulas tiene no sólo un significado material (= las cuestiones interpretativas suscitadas por el contrato deberán resolverse conforme al Derecho de un país determinado), sino también un significado conflictual (= porque las partes quieren someter ese contrato a dicha ley estatal)⁶⁶. Lo importante, a efectos prácticos, será que esta ley estatal regirá el contrato internacional. Lo irrelevante es el hecho de que algunos tribunales consideren este supuesto un ejemplo de elección tácita; mientras que otros lo califiquen como un caso de elección expresa. *Ejemplo*: La sentencia OLG München 22 junio 1983 consideró que la cláusula “This agreement shall be construed under the laws of the State of Iowa” equivalía a una sumisión tácita a favor de la legislación de Iowa (Estados Unidos)⁶⁷.

3º) Cuando los contratantes no determinan, de manera expresa, la *lex contractus*; porque, para ellos, es evidente que el contrato se rige por una Ley estatal concreta y su voluntad de que así sea se infiere del mismo contrato. *Ejemplo 1*: Si una cláusula del contrato indica que éste queda sujeto a la “legislación local vigente” y el contrato debe cumplirse íntegramente en Italia, cabe suponer que los contratantes han elegido la Ley italiana como ley reguladora de su contrato; aunque la referencia a la “Ley italiana” no conste como tal en el contrato (STSJ Madrid Social 13 febrero 2006). *Ejemplo 2*: Existe elección implícita, pero inequívoca, a favor del Derecho español, si, según una cláusula del contrato, éste se rige por la ley del país ante cuyos tribunales se interponga la demanda y ésta se presenta en España (STS 27 diciembre 2006).

4º) Cuando se emplee un *contrato-tipo* elaborado por un organismo. En éste caso, es razonable interpretar que los contratantes eligen la ley del país o sede del organismo. *Ejemplo*: Una póliza de seguro marítimo de Lloyd’s⁶⁸.

5º) Cuando el negocio estipulado por las partes sea un *contrato típico* para una de las leyes en presencia; mientras que para la otra no sea más que un contrato atípico. La ventaja de esta interpretación es que, en caso de litigio, suministra un catálogo preciso de disposiciones y no sólo el recurso a principios generales.

6º) Cuando las partes acuerden *verbalmente* la ley aplicable al contrato, por más que ésta sea una forma de elección que se resienta de las dificultades de prueba (sentencia de la Hight Court of London de 25 mayo 2005)⁶⁹.

24. No hay duda de que, mediante un acuerdo sobre el Derecho aplicable (*pactum de lege utenda*), las partes eligen la ley rectora del contrato. Pero ¿puede decirse lo mismo de un *acuerdo de elección de foro* (*cláusula atributiva de jurisdicción*)? En el pasado, se discutió si la elección de un órgano judicial equivale a la elección a favor del ordenamiento jurídico del Estado en cuyo nombre administra justicia (*qui eligit iudicem eligit ius*). Se argumentaba que: a) es apropiado permitirle a un tribunal aplicar su

⁶⁴ Vid. D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., con cr. p. 110.

⁶⁵ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 683, nota 2.

⁶⁶ Vid. D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., con cr. pp. 108-110; D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, con cr. p. 1700.

⁶⁷ *IPRax*, 1984, p. 319, con nota de E. JAYME, “Forum non conveniens und andwendbares Recht”, *IPRax*, 1984, pp. 303-304.

⁶⁸ No obstante, en *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Cy.* [1984] AC 50, la Cámara de los Lores sólo declaró aplicable la ley inglesa ante la insuficiente regulación ofrecida por la ley del Estado en el que se emitió la póliza.

⁶⁹ *Rev. dr. aff. int.*, 2005, p. 788.

propio Derecho, visto que no suele conocer –al menos, tan bien como el propio– el Derecho extranjero; b) la aplicación del Derecho extranjero, de ordinario, supone más tiempo y costes que la aplicación del Derecho propio; c) salvo en casos excepcionales, era lógico suponer que las partes –que, por ignorancia o desidia, no han procedido a una elección expresa de ley– daban por supuesta la aplicación por el órgano judicial de su propia ley nacional y no de la ley nacional de cualquiera de los contratantes o de un tercer Estado (O. LANDO/P.A. NIELSEN)⁷⁰. Se contraargumentaba que el acuerdo de elección de foro sólo significaba que los contratantes habían acordado el mecanismo de arreglo de diferencias de su contrato; pero habían sido incapaces de fijar el Derecho aplicable a su operación.

En contra de lo afirmado por algunos autores, el Reg. Roma I sí se ha pronunciado sobre esta cuestión. Otra cosa es que, quizá, el tratamiento que le ha dado no sea el más adecuado. En efecto, uno de los factores a considerar para determinar si la elección del Derecho aplicable ha sido claramente establecida es la elección por las partes de un *tribunal exclusivamente competente*: “Un acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato es uno de los factores que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato” (considerando 12 Reg. Roma I)⁷¹. Cabe señalar tres datos. Primero: Según un sector doctrinal, es criticable que el Reg. Roma I vincule la cuestión del Derecho aplicable con la del tribunal competente: quienes son capaces de elegir el tribunal competente también saben, si quieren, elegir el Derecho aplicable⁷². La responsabilidad de esto corresponde, originariamente, a la Comisión, que propuso aceptar la presunción de que las partes, mediante un acuerdo de elección de foro, elegían el Derecho del país del tribunal, siempre que éste se hallase en el territorio de un Estado miembro (“Si las partes han convenido que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro conozcan de los litigios surgidos o que puedan surgir de un contrato, también se presumirá que las partes tienen la intención de elegir la ley de este Estado miembro” [art. 3.1, *in fine*, Propuesta Roma I]). Esta propuesta fue muy discutida en el grupo de trabajo del Consejo. Algunos, denominados por R. WAGNER los “pragmáticos” (*die “Pragmatiker”*), abogaron por la propuesta de la Comisión: la aplicación por el tribunal elegido por las partes de su propia ley material es más barata, es eficiente y es la solución preferida en los negocios (*cost saving, efficient and preferred by business*) (O. LANDO/P.A. NIELSEN)⁷³. Otros se opusieron, recordando que una cuestión era de Derecho procesal y otra de Derecho de colisión. El resultado de este debate en el Consejo fue un *compromiso*: se optó por una “consideración” en vez de un artículo del Reg. Roma I, se redujo la posibilidad de que se contemplase un acuerdo tácito de elección de ley al supuesto de que el acuerdo de elección de foro atribuyese competencia exclusiva al tribunal y, como en la propuesta de la Comisión, se aceptó considerar sólo dicha posibilidad, si el tribunal elegido tenía su sede en un Estado miembro⁷⁴. Segundo: No es comprensible que la correlación entre *forum* y *ius*, si es que se quiere que se siga este criterio, esté limitada a los supuestos en que el órgano judicial sea de un Estado miembro, habida cuenta que el Reglamento Roma I es universal (art. 2) y, por tanto, aplicable, aunque la ley competente sea la de un tercer Estado⁷⁵. Tercero: En todo caso, no hay automatismo: el acuerdo de elección de foro es sólo uno de los indicios a considerar⁷⁶.

25. En todo caso, no puede equipararse, a estos, efectos, una *cláusula compromisoria* con una cláusula atributiva de jurisdicción. Existen buenas razones para ello. Los árbitros administran justicia en nombre de las partes que los han nombrado y no en el de ningún Estado, ni siquiera aquel en el que se realiza el arbitraje. La sede del arbitraje no suele estar relacionada con la elección de la ley aplicable al contrato, sino con consideraciones de carácter material (nacionalidad o residencia de los árbitros, co-

⁷⁰ O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, concr. p. 1699.

⁷¹ Sobre la conformidad de la correlación *forum-ius*, cuando se atribuye competencia exclusiva a un tribunal estatal, con la teoría y práctica alemana, *vid.* S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, p. 65.

⁷² M. FRICKE, “Das Versicherungs-IPR im Entwurf der Rom-I-Verordnung, ein kurzer Überblick über die Änderungen”, *VersR*, 2006, pp. 745-751, concr. p. 747; P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement...”, pp. 331-349, concr. p. 335; S. POILLOT-PERUZZETO, “Le règlement Rome I...”, concr. p. 6.

⁷³ O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, concr. p. 1699.

⁷⁴ R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 379.

⁷⁵ E. CASTELLANOS RUIZ, “El Convenio de Roma de 1980...”, p. 156; *Id.*, *El Reglamento Roma I...*, pp. 66-70; S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, p. 66; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I...*, p. 65.

⁷⁶ S. POILLOT-PERUZZETO, “Le règlement Rome I...”, concr. p. 6.

modidad geográfica) o procedimental (posibilidad de solicitar el auxilio de los tribunales de un Estado o de interponer determinados recursos contra la sentencia o laudo arbitral) (B. AUDIT, D. MARTINY, D.R. THOMAS)⁷⁷. *Ejemplo 1*: La sentencia OLG Stuttgart 23 mayo 1960 observó, con toda razón, que aunque el tribunal arbitral designado por la CCI tuviese su sede en París y siguiese el procedimiento arbitral conforme al Derecho francés, no cabía concluir que el Derecho francés fuese el materialmente competente para resolver la diferencia entre los contratantes⁷⁸. *Ejemplo 2*: Casi diez años después, un tribunal inglés observó que no cabía inferir que la legislación francesa no fuese aplicable a un contrato de transporte de petróleo concluido entre una empresa tunecina y otra francesa; aunque el tribunal arbitral elegido tuviera su sede en Londres (*Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A.*). Su declaración era acertada, aunque no conviene exagerar su mérito: era claro que las partes habían sometido expresamente su contrato al Derecho francés⁷⁹.

Ahora bien, desgraciadamente para la seguridad jurídica, una cosa es la perspectiva académica –por cuidada que sea– y otra es la perspectiva práctica o forense –por banal que, en ocasiones, pueda resultar–. La única enseñanza provechosa que cabe extraer en este asunto es la necesidad de que los contratantes estén alertas, si no quieren verse sorprendidos. Para evitar esto, debieran precisar de antemano, de manera expresa, el ordenamiento conforme al cual quieren que los árbitros diriman, en su caso, las eventuales diferencias. En efecto, no ha sido infrecuente que, en algunos países, como, *ad ex.*, la República Federal de Alemania o el Reino Unido, los tribunales tiendan a considerar –como un supuesto de elección tácita– que la designación de un tribunal arbitral suponga la sumisión al Derecho del Estado en el que actúa (*qui eligit arbitrum, eligit ius*)⁸⁰.

26. No es fácil determinar los supuestos en que la elección de la ley resultará de las “circunstancias del caso” (*aus den Umständen des Falles*). Se trata de supuestos en los que cabe inferir no sólo del contrato, sino de algunas de las circunstancias que rodean su celebración y ejecución, que las partes han querido someter su operación a una concreta ley estatal, aunque el contrato no lo declare de manera explícita. En estos casos, se afirma que tales circunstancias constituyen hechos concluyentes (*facta concludentia*). En la práctica, se distinguen varias circunstancias:

1ª) Por sí solo, el *idioma de redacción del contrato internacional* puede ser más un indicio de conexión objetiva del contrato que una manifestación de la voluntad de las partes de elegir la ley respectiva⁸¹. Pero, junto con otros indicios, pueden servir para atribuir una elección implícita de ley estatal a un determinado contrato⁸². *Ejemplo*: Puede sostenerse razonablemente que se da una elección implícita de la ley alemana en un caso en el que los litigantes son alemanes, desconocen el idioma castellano, el contrato está redactado en alemán y alude a concretas figuras jurídicas del Derecho alemán (SAP Alicante 12 diciembre 2003).

2ª) Por sí sola, la *intervención de un funcionario público* no permite presumir que las partes quieran someterse a la ley del Estado del que derivan sus facultades. Sería una inferencia abusiva; aunque el

⁷⁷ B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 683-684; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 99-100; D.R. THOMAS, “Arbitration Agreements as a signpost of the Proper Law”, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1984, p. 141.

⁷⁸ *IPRspr.* 1960/61, Nr. 25.

⁷⁹ [1971] A.C. 572, 590, 600, HL (1970).

⁸⁰ Así, *ad ex.*, sentencia OLG Hamburg 29 octubre 1958, *IPRspr.* 1958/59, Nr. 43; sentencia OLG Düsseldorf 12 enero 1961, *IPRspr.* 1960/61, Nr. 219; sentencia BGH 1 julio 1964, *IPRspr.* 1964/65, Nr. 38; sentencia BGH 19 diciembre 1968, *IPRspr.* 1968/69, Nr. 254; sentencia BAG 4 octubre 1974, *IPRspr.* 1974, Nr. 42b; sentencia OLG Hamburg 9 enero 1975, *IPRspr.* 1975, Nr. 27; Deutsches Seeschiedsgericht 9 septiembre 1976, *IPRspr.* 1976, Nr. 26; sentencia OLG Hamburg 22 septiembre 1978, *IPRspr.* 1978, Nr. 189; sentencia OLG Hamm 25 enero 1993, *IPRspr.* 1993, Nr. 30. En la jurisprudencia inglesa, puede verse en este sentido, *ad ex.*, *Egon Olderdorff v. Liberia Corporation* [1995] 2 *Lloyds L. Rep.* 64, [1996] 1 *Lloyds L. Rep.* 380.

⁸¹ Niegan que tenga importancia para la conexión objetiva del contrato internacional la sentencia LG Baden 14 febrero 1997, *IPRspr.* 1997, Nr. 31, y la sentencia LG Hamburg 18 febrero 1999, *IPRspr.* 1999, Nr. 30 (también en *RIW*, 1999, p. 391).

⁸² En favor, de una elección tácita del Derecho aplicable, *ad ex.*, sentencia OLG Nürnberg 22 febrero 1996, *IPRspr.* 1996, Nr. 31, y sentencia BGH 19 enero 2000, *IPRax*, 2002, p. 37, con nota de G. HOHLOCH/C. KJELLAND, “Abändernde stillschweigende Rechtswahl und Rechtswahlbewußtsein”, *IPRax*, 2002, pp. 30 y ss., y *JZ*, 2000, p. 1115, con nota de O. SANDROCK. *Vid.* K.F. BECKMANN, “Die Bedeutung der Vertragssprache im internationalen Wirtschaftsverkehr”, *RIW*, 1981, pp. 79-83; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 110-111.

funcionario ejerciese facultades extraterritoriales (cónsules). Hay una buena razón para esta interpretación: Las partes pueden haber querido acudir a una autoridad estatal con la exclusiva finalidad de formalizar su operación.

3ª) Un caso frecuente es el de los denominados *megacontratos* o *contratos vinculados*. Se trata de contratos simultáneos o sucesivos concluidos entre las mismas partes que están relacionados desde el punto de vista del objetivo que pretenden satisfacer. Éste es el caso, *ad ex.*, de los contratos-marco y contratos de aplicación, de los contratos de filial común (*joint venture*) y de sus contratos derivados, de los contratos de prolongación de un contrato de duración determinada o de los contratos de garantía de una obligación principal. En el pasado, se discutió: a') si la designación expresa de la ley aplicable al contrato principal valía para los contratos posteriores; b') si –salvo que se indicase lo contrario– la ley rectora de la obligación principal era aplicable a la obligación de garantía; c') si cuando la garantía provenía de una entidad bancaria, cabía presumir que era competente la ley de ésta. Apenas existía acuerdo en dos puntos. Primero: que, por su propia naturaleza, las garantías independientes se regían por su propia ley, que no tenía por qué coincidir con la de la obligación garantizada. Segundo: que la sumisión de una garantía real a la ley de un determinado Estado, en virtud de la regla *lex rei sitae*, no implicaba que dicha ley fuera también aplicable al préstamo garantizado. Pues bien, conforme al Reglamento Roma I, *cada contrato se rige por su propia ley*. La solución general no puede ser otra ni podía serlo tampoco conforme al Convenio de Roma de 1980.

4ª) Está por ver qué valor le atribuyen los tribunales a *ciertos indicios*, como, *ad ex.*, el hecho de que una de las leyes conectadas con el contrato esté técnicamente mucho más desarrollada que la otra (Cour de cassation, chambre civile, 29 octubre 1974)⁸³ o el que una de dichas leyes considere válida la operación que para la otra es nula (Cour de cassation, chambre commerciale, 5 marzo 1969, *Zanarelli*)⁸⁴.

5ª) El *lugar único de ejecución o cumplimiento* (*einheitlicher Erfüllungsort*) de las obligaciones derivadas de un contrato sinalagmático pueden considerarse un indicio de la voluntad tácita de las partes de someterse a un determinado ordenamiento jurídico, especialmente si dicha designación van acompañada de otros indicios: cabe suponer que ambas partes desean implícitamente elegir dicho sistema jurídico⁸⁵. Éste es el papel residual que le corresponde jugar, en nuestros días, al *lugar de ejecución* de la obligación –pero no como conexión subsidiaria, sino como indicio de una elección tácita del Derecho aplicable a un contrato internacional–⁸⁶.

B) Elección de una “ley estatal”.

a) Concepto y fundamento.

27. Según la opinión dominante (C. VON BAR/P. MANKOWSKI, J. KROPHOLLER, P. LAGARDE, D. MARTINY...), el Convenio de Roma de 1980 no permitía elegir más que leyes estatales: Varios preceptos del Convenio (en particular sus arts. 2, 3.3, 5.2, 6.2 y 7) no podían ser entendidos más que si la ley o el Derecho referidos eran interpretados como un “Derecho de Estados” (*Recht von Staaten*)⁸⁷. *Ejemplo 1*: Una decisión judicial inglesa consideró que la elección del Derecho inglés para regir un contrato con sujeción a los principios de la Ley islámica (“subject to the principles of the Glorious Sharia’a”) repugnaba al Derecho inglés y constituía una cláusula contradictoria consigo misma y carente de sentido: “A choice of law clause provided that the contract was governed by English law ‘subject to the principles of the Glorious Sharia’a’. It was common ground that only the law of a country can be chosen and therefore it was argued that incorporated into English law were specific principles of Sharia law. But there was no reference to or identification of those

⁸³ *JDI Clunet*, 1975, p. 314 con nota de P. FOUCARD, y *RCDIP*, 1976, p. 91 con nota de H. BATIFFOL.

⁸⁴ *RCDIP*, 1969, p. 579.

⁸⁵ *Vid.*, en este sentido, *per omnia*, D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concc. pp. 107-108.

⁸⁶ Sobre la evolución de este criterio que ha sido utilizado tanto como punto de conexión como foro de competencia judicial internacional, *vid.* I. SCHWANDER, “Zur heutigen Rolle des Erfüllungsortes im IPR”, en *Conflicts et harmonisation. Kollision und Vereinheitlichung. Conflicts and Harmonization: Mélanges en l’honneur d’Alfred E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, pp. 681-699.

⁸⁷ En este sentido, *ad ex.*, D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, concc. pp. 1686-1693.

aspects of Sharia which were intended to be incorporated into the contract. The principles of Sharia law were therefore repugnant to the choice of English law and rendered the clause self-contradictory and meaningless⁸⁸. Dicho de una forma más sencilla, para el tribunal inglés, dicha cláusula no poseía el carácter de una auténtica cláusula sobre el Derecho aplicable: no sólo no se admitió la aplicabilidad de dos ordenamientos jurídicos, sino que se consideró que, en rigor, el único ordenamiento jurídico al que se podía considerar, como estatuto contractual, era el Derecho inglés⁸⁹. *Ejemplo 2*: La sentencia *Court of Appeal* inglesa de 9 abril 2007, *Halpern v Halpern & Anr*, ha declarado que el art. 3 del Convenio de Roma de 1980 no permite elegir como ley aplicable la ley ebraica (la *Halakhah*)⁹⁰.

28. Con el Reg. Roma I, la cuestión ha sido resuelta con claridad meridiana. Según la Propuesta de Reglamento, los contratantes podían elegir una ley no estatal. Esta posibilidad ha desaparecido en el texto finalmente aprobado. Queda claro que “no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional” (considerando 13 Reg. Roma I). “Lo dicho aquí –ha observado H. KENFACK– es menos importante que lo no dicho: las partes no tienen el derecho a elegir un Derecho no estatal más que incorporándolo al contrato”⁹¹. A lo más, el Reg. Roma I se remite a lo que pueda ocurrir en el futuro: “En caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas del Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas”(considerando 14 Reg. Roma I).

b) Una alternativa metodológica: la nueva *Lex Mercatoria*.

29. La elección de una ley estatal por las partes tiene un *valor conflictual* o, si se prefiere, *formal*: Ellas se limitan a designar el ordenamiento jurídico de un Estado (*kollisionsrechtliche Verweisung*). Es en ese ordenamiento, donde se encontrará la respuesta a las distintas cuestiones jurídicas que el contrato suscite. Ahora bien, cabe preguntarse, si la autonomía de la voluntad puede tener un *sesgo sustancial* (*materiellrechtliche Verweisung*): ¿Permiten el Convenio de Roma de 1980 y su *alter ego* el Reg. Roma I que “las partes sometan sus contratos a la *lex mercatoria en lugar de al Derecho de un Estado*” (O. LANDO/P.A. NIELSEN)⁹². Ésta es la dimensión de la voluntad de las partes destacada por quienes vienen defendiendo una alternativa metodológica a la norma de conflicto, por los defensores de la denominada *nueva Lex Mercatoria*⁹³. Quisiera sólo apuntar unos hechos:

⁸⁸ La cláusula decía literalmente: “Subject to the principles of the Glorious Sharia’a, this agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England”. *Vid. Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd*, [2004] EWCA Civ 19, [2004] 1 WLR 1784. Sobre el Derecho islámico, en general, *vid., ad ex.*, M. ROHE, *Das islamische Recht: Geschichte und Gegenwart*, München, 2009; para su aplicación en un procedimiento arbitral, *vid., ad ex.*, H.-P. SCHROEDER, “Die Anwendung der *Sharia* als materielles Recht im kanadischen Schiedsverfahrensrecht”, *IPRax*, 2006, 2, pp. 77-82.

⁸⁹ *Vid.* K. BÄLZ, “Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention – Universalist *Lex Mercatoria* v. Regional Unification of Law”, *Rev.dr.unif.*, 6, 1, 2001, pp. 37-49; *Id.*, “Das islamische Recht als Vertragsstatut? (zur Entscheidung des London High Court v. 1. 8. 2003, *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals Ltd. and Others*)”, *IPRax*, 1/2005, pp. 44-47.

⁹⁰ *Halpern v Halpern* [2007] EWCA Civ 291; [2007] 2 Lloyd’s Rep 56. Sobre el Derecho judaico, *vid., ad ex.*, W. CORLETT/J. MOORE, *The Judaic Law*, Bradbury, 1979; M.P. GOLDING (Ed.), *Jewish Law and Legal Theory*, New York, 1993; N.S. HECHT (Ed.), *An introduction to the history and sources of Jewish law*, Oxford, 1996; A. LEVINE, *Free Enterprise and Jewish law: Aspects of Jewish business ethics*, New York, 1980; *Id.*, *Economics and Jewish law*, Hoboken, 1987; *Id.*, *Economic public policy and Jewish law*, Hoboken, 1993; N. RAKOVER, *A guide to the sources of Jewish law*, Jerusalem, 1994; M.I. RAQMAN, *Modern Halakhah for our time*, Hoboken, 1995; L. SCHIRER, *Israelisches und Judisches Recht: die Halakhah als lebendes Recht in Israel; eine Auseinandersetzung mit der Arbeit von Menachem Elom*, Frankfurt am Main, 1998; E. ZIPPERSTEIN, *Business Ethics in Jewish law*, New York, 1983.

⁹¹ H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 13.

⁹² O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, *concr.* p. 1694.

⁹³ *Vid., ad ex.*, J. BASEDOW, “*Lex Mercatoria* and the Private International Law of Contracts in the Economic Perspective”, *Rev. dr. unif.*, 2007, pp. 697-717; H. BOOYSEN, *International Transactions and the International Law Merchant*, Pretoria, 1995; F. DASSER, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria*, Zürich, 1989; P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, 2002; P. DUBOUCHET, *Le droit spontané au XXe siècle*, Paris, 2002; E. GAILLARD, “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, en *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, pp. 203-217; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, 2004; B. GOLDMAN, “La *Lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *JDI Chonet*, 106, 1979, pp. 475-505; *Id.*, “Frontières du droit et ‘lex mercatoria’”, *Archives de philosophie du droit*, IX, 1964, pp. 177-192; S. GRANDE, “La *lex mercatoria* en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional”, *Dikaion*, 22, 17, 2008, pp. 199-244; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, 1984; F.K. JUENGER, “The *lex mercatoria* and private international law”, *Unif. L. Rev.*, 5, 2000, pp. 171-187; P. LAGARDE, “Approche critique de la *lex mercatoria*”, en *Études Berthold Goldman*, Paris, 1982, pp. 125-150; E. MACKAAY, “Le droit spontané comme fondement du droit – Un survol des modèles de

1º) Es importante que precisemos de qué estamos hablando. La expresión *nueva Lex Mercatoria* es ambigua. Los autores se refieren con ella a realidades muy diferentes, que van de Convenios internacionales a laudos arbitrales, pasando por usos y prácticas mercantiles, condiciones generales y contratos-tipo⁹⁴. En un sentido estricto, suelen referirse a usos mercantiles con vigencia internacional, frecuentemente codificados por organismos corporativos –como la CCI–, que son sancionados en el arbitraje comercial internacional por los laudos arbitrales. Pero también se han referido a los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas o, al menos, por un grupo de Estados en sectores tan distintos como los contratos de concesión petrolífera o las empresas transnacionales⁹⁵. *Ejemplo 1*: En 1951, Lord ASQUITH OF BISHOPSTONE, actuando como árbitro, recurrió para colmar una laguna del Derecho de Abu Dahbi a “the application of principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilised nations – a sort of ‘modern law of nature’”⁹⁶. *Ejemplo 2*: En los años 70, las consecuencias jurídicas de la nacionalización del petróleo libio acabaron discutiéndose en tres interesantes casos de arbitraje comercial internacional. En uno de ellos, el árbitro aplicó el DIPr. danés, basándose en que el arbitraje transcurría en Dinamarca, y, como Derecho material, en primer lugar, los principios del Derecho libio, en tanto fuesen compatibles con los del Derecho internacional, y, en caso de que no fuera así, los principios generales del Derecho: el árbitro condenó a Libia a indemnizar a la British Petroleum, al conserar que la legislación expropiatoria había constituido un incumplimiento del contrato de concesión petrolífera (Laudo arbitral del Sr. G. LAGERGREN de 10 octubre 1973, *British Petroleum Co. [BP] v. Libya*)⁹⁷. En otro, el árbitro recurrió al Derecho libio, incluyendo su Derecho público, que combinó con los principios de Derecho internacional. Como resultado de ello, apreció la validez de una cláusula de estabilización y condenó a Libia a proceder a la *restitutio in integrum* (Laudo arbitral del Sr. R.J. DUPUY de 19 enero 1977, *Texaco Overseas Petroleum Co. [TOPCP] and California Asiatic Oil Co. [Calasiatic] v. Libya*)⁹⁸. En el tercero y último, el árbitro recurrió al Derecho libio, en el que incluyó no sólo la legislación, sino también el Derecho islámico, el Derecho consuetudinario, el Derecho natural y la equidad: ordenó al Gobierno libio el pago de una indemnización, aunque declaró que la nacionalización no suponía un incumplimiento del contrato de concesión (Laudo arbitral del Sr. G. MAHMASSANI de 12 abril 1977, *Libyan American Oil company (LIAMCO) v. Libya*)⁹⁹.

En la última década, a la masa proteica que es la *nueva Lex Mercatoria* se han venido a añadir ciertas codificaciones privadas que, con el nombre de *Principios*, han sido elaboradas por comisiones en las que hay asegurada una fuerte presencia de profesores universitarios¹⁰⁰. De ellas se ha dicho en el mundo francófono que constituyen *Droit savant*, Derecho elaborado por sabios. Me temo –dicho sea con todos los respetos– que, en rigor, no constituyen Derecho y que, en principio, no tienen más *auctoritas* que la de los autores que las han elaborado. Pero, *stricto sensu*, no son, en la actualidad, fuente de Derecho.

2º) Se dice que esta *Lex Mercatoria* es *nueva*; porque, en cierto modo, es un *remake* de la *vieja Lex Mercatoria* formada por usos que rigieron las operaciones mercantiles entre comerciantes de distintas nacionalidades que, en la Baja Edad Media, acudían a las ferias para contratar. El nacimiento histórico de la *vieja Lex Mercatoria* estuvo conectado con ferias y puertos a los que acudían comerciantes peripatéticos o

l'émergence des règles dans la société civile”, *Rev.int.dr.écon.*, 1989, pp. 247-287; R. MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen, 1994; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992; U. STEIN, *Lex mercatoria. Realität und Theorie*, Frankfurt am Main, 1995; P-F. WEISE, *Lex mercatoria. Materielles Recht vor der internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main, 1990.

⁹⁴ Un estudio excelente, que pone de relieve no sólo las diversas acepciones del concepto actual de *Lex mercatoria*, sino también cuánto le debe a dos autores –CLIVE SCHMITTHOFF y BERTHOLD GOLDMAN–, es el de N.E. HATZIMIHAIL, “The many lives –and faces– of Lex Mercatoria: History as genealogy in International Business Law”, *Law & Contemp. Prob.*, 71, Summer 2008, pp. 169-190.

⁹⁵ H. KÖTZ, “Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht”, *RabelsZ*, 34, 1970, pp. 663 y ss., conocr. pp. 671-677; W. WENGLER, “Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat”, *RCDIP*, 1982, pp. 467-501.

⁹⁶ *Petroleum Dev. (Trucial Coast) Ltd. v. Sheikh of Abu Dahbi*, texto en *ICLQ*, 1, 1952, pp. 247 y ss., conocr. p. 251. *Vid.*, *ad ex.*, J.H. DALHUISEN, “Custom and its revival in Transnational Private Law”, *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 18, Spring 2008, pp. 339-370, conocr. p. 353, nota 25.

⁹⁷ *Yearbook Commercial Arbitration*, V, 1980, p. 143.

⁹⁸ *Yearbook Commercial Arbitration*, IV, 1979, p. 177; *JDI Clunet*, 104, 1977, p. 350.

⁹⁹ *Yearbook Commercial Arbitration*, VI, 1981, p. 89.

¹⁰⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato internacional, nueva *Lex Mercatoria* y Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, pp. 1539-1567; G.P. ROMANO, “Le choix des Principes UNIDROIT par les contractans à l'épreuve des dispositions impératives”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 473-495.

transportistas marítimos (*peripatetic merchants or maritime transports*), necesitados de que se administrase una justicia rápida que asegurase sus derechos sobre la persona o, sobre todo, los bienes de su deudor dentro de su jurisdicción¹⁰¹. *Ejemplo*: El 10 mayo 1270, Gerard de Colonia, comerciante en vinos, compareció ante el tribunal de la feria de St. Ives, que se celebraba cada Pascua de Resurrección en esta pequeña villa inglesa del condado de Huntingdonshire. Gerard reclamaba que se le devolviese la propiedad de tres contenedores con vino del Rhin que habían sido embargados con motivo de un litigio entre terceros. Estaba dispuesto a declarar bajo juramento. Las actas del procedimiento recogen que su petición no pudo ser atendida; puesto que no estaba “bien preparada de acuerdo con el Derecho de los mercaderes” (*sufficiently equipped according to law merchant*). Tendría, pues, que regresar al tribunal y aportar cinco testigos dispuestos a jurar en su favor. No consta si recuperó el vino¹⁰². Hoy se habla de la resurrección de la *Lex mercatoria*, de un *New Law Merchant* o, si se prefiere, del *regreso ofensivo del Derecho uniforme*¹⁰³. El recurso a la historia por los defensores de la nueva Ley no es nada inocente. Se busca legitimidad: ya antes de que existiera el Estado moderno, la *sociedad internacional de comerciantes* elaboró un Derecho consuetudinario de alcance mundial que respondió a las necesidades del comercio internacional¹⁰⁴. Fueron, a su manera, los precursores de la Globalización. Me temo, de nuevo, que si leyeran algún reciente trabajo sobre la materia, se darían cuenta de que aquella *vieja Lex Mercatoria* fue más contestada de lo que se cree y, desde luego, el paisaje pintado por aquellos antiguos comerciantes no tiene nada de idílico¹⁰⁵.

3º) La *sociedad o comunidad internacional de comerciantes* es una expresión nebulosa tras la que se esconde un concepto con aspiraciones de *paraíso terrenal*¹⁰⁶. Me temo de nuevo, que, si pasamos del *marketing* al examen de la realidad, nos demos cuenta de que dicha sociedad no es el Edén. La denominada *sociedad internacional de comerciantes* se caracteriza actualmente por dos notas: su *heterogeneidad* y su *polimorfismo*. Es *heterogénea*, puesto que está integrada por operadores económicos –fundamental, aunque no exclusivamente, empresas privadas–, enormemente desiguales en su potencial económico, incidencia social y recursos para estar representadas en las grandes corporaciones profesionales o, incluso, para defender sus propios puntos de vista frente al poder político y, por lo tanto, por sujetos que no tienen la misma concepción de cómo el Derecho debiera regular algunas cuestiones trascendentales que suscitan las relaciones económicas internacionales. Es *polimorfa*, porque los destinatarios de las normas que la rigen ya no son exclusivamente empresas privadas, sino también los Estados, bien directamente, a través de un organismo descentralizado o una empresa pública, y, en menor medida, organizaciones internacionales.

4º) Como en cualquier sociedad, hay relaciones de poder, de dominación y de sumisión, adjetivadas por el ánimo de lucro. Por ello, resulta polémico que exista un *interés de los particulares* en sustraerse a un ordenamiento estatal¹⁰⁷. Desde el punto de vista de los *intereses*, es comprensible el deseo de los Estados de no verse sometidos al Derecho de otro Estado, sino a regir por fuentes transnacionales –como,

¹⁰¹ J.H. DALHUISEN, “Custom and its revival...”, *concr.* p. 341, nota 2.

¹⁰² S.E. SACHS, “From St. Ives to Cyberspace: the modern distortion of the medieval Law merchant”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, 21, 2006, pp. 685-807, *concr.* p. 687.

¹⁰³ J. SCHAPIRA/C. LEBEN, *Le droit international des affaires*, 4ª ed., Paris, 1994, p. 8.

¹⁰⁴ Los principales ideólogos de la *nueva Lex Mercatoria* (C. SCHMITTHOFF y B. GOLDMAN) –como ha puesto de relieve N.E. HATZIMIHAL, “The many lives –and faces– of Lex Mercatoria...”, *concr.* pp. 183-187, suministran ejemplos de narrativa cíclica, aunque difieran de sus fases. Se afirma, *ad ex.*, que éstas fueron las siguientes: 1ª) *Ius gentium: The Birth*; 2ª) *Middle Age: The Revival*; 3ª) *Early Modern Era: The Specter of State Law*; 4ª) *Lex Mercatoria rediviva*. O se afirma, refiriéndose tanto al Derecho creado jurisprudencialmente por el *Pretor peregrinus* como por los árbitros medievales que “Lex mercatoria is a venerable old lady who has twice disappeared from the face of the earth and twice been resuscitated”. Esta última frase es de B. GOLDMAN, “Lex Mercatoria”, *Forum Internationale*, 3, Nov. 1983, p. 3.

¹⁰⁵ J.H. DALHUISEN, “Custom and its revival...”, *concr.* p. 341, nota 2: “[...] Debe señalarse que el Derecho comercial de aquellos primeros días no era, en modo alguno, la consecuencia de un Derecho uniforme y que su contenido variaba según los mercados y productos de que se tratase, y podía ser muy local [...]”. En este mismo sentido, *ad ex.*, S.E. SACHS, “From St. Ives to Cyberspace: the modern distortion of the medieval Law merchant”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, 21, 2006, pp. 685-807, *concr.* p. 695, observa que el recuerdo del comercio medieval ha sido distorsionado considerablemente: los modelos que se manejan lo que se ha denominado el “Derecho mercantil romántico” (*Romantic law merchant*) o, más exactamente, el “Derecho mercantil medieval” (*medieval law merchant*) están claramente divorciados de la realidad histórica y no respaldan la idea de que los mercaderes medievales no estaban sujetos a ningún ordenamiento jurídico más que al suyo.

¹⁰⁶ Estos términos fueron acuñados y popularizados a partir de las obras de PH. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961, y PH. FOUCHARD, *L’arbitrage comercial international*, Paris, 1965.

¹⁰⁷ R. DAVID, “Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova *lex mercatoria*?”, *Rivista di diritto civile*, 1976, I, pp. 577-590.

ad ex., los “principios generales del Derecho reconocidos por las Naciones civilizadas”– los contratos denominados *semiinternacionales*, es decir, concluidos entre un Estado y una compañía extranjera, que tiene, por objeto, de ordinario, el arrendamiento o la concesión de un bien o servicio público¹⁰⁸. Pero, en cambio, ese mismo interés no aparece tan claro, tratándose de particulares. Algunos autores han advertido de que “el riesgo de que, a través de los usos comerciales internacionales o de los contratos-tipo y condiciones generales elaborados unilateralmente se encubran y protejan los intereses de la parte más fuerte en la contratación mercantil, no es una hipótesis que deba desecharse”¹⁰⁹.

5º) Si recurrimos a la *teoría del ordenamiento jurídico*, observamos que la *nueva Lex Mercatoria* es sectorial. El suyo, hoy por hoy, es, sobre todo, el mundo de la compraventa, el transporte y los medios de pago. No faltan los pretendientes: las grandes compañías aseguradoras quieren tener también su *Lex Mercatoria*. Algunos de los grandes principios formulados por los árbitros caben –todos– en unas cuartillas: En rigor, los principios y reglas que integran la *Lex Mercatoria* sólo son 78 (K.P. BERGER)¹¹⁰. Para mayor inri, de nuevo hoy por hoy, no se publican íntegramente todos los laudos arbitrales; precisamente porque una de las razones que justifican el arbitraje frente al procedimiento judicial es la discreción¹¹¹. Elevado este argumento de la anécdota a la categoría, se puede afirmar que la publicidad es consustancial al Derecho: “The law is public, if it is anything” (G. KEGEL)¹¹². Por último, si el laudo arbitral no se cumple voluntariamente, la parte vencedora tiene que recurrir a los tribunales estatales: No es cierta, por tanto, a la postre, la afirmación de algún autor de que “considerando el procedimiento arbitral desde el punto de vista del tribunal arbitral, el Estado es solamente un observador” (W. VOIT)¹¹³. Se trata de un curioso ordenamiento, si es que lo es. Es fragmentario –con lagunas que parecen océanos–. Sus autores y los destinatarios de sus normas son los mismos (las empresas). Es un ordenamiento, en buena medida, en proceso de elaboración (*in statu nascendi*). Por último, sus mecanismos coercitivos débiles.

6º) Si de lo que se trata es de asegurar el cumplimiento de la *nueva Lex Mercatoria*, bastaría, en la mayoría de los casos, con considerar que tales principios, normas o términos (CIF, FOB...) no son más que cláusulas negociales o formas abreviadas empleadas por las partes para referirse a sus compromisos (*incorporación por referencia, materiellrechtliche Verweisung*)¹¹⁴. El viejo aforismo *pacta sunt servanda* que es sancionado por todos los ordenamientos jurídicos del mundo rige también para ellas.

En definitiva –y así lo apunta claramente C. VON BAR–, la doctrina de la *Lex mercatoria* es “teóricamente falsa, como fuente jurídica, conceptualmente difusa y, desde el punto de vistas de la política jurídica, equivocada” (“Sie ist rechtsquellentheoretisch falsch, begrifflich verschwommen und rechtspolitisch verfehlt”)¹¹⁵.

c) El cambio en el tiempo del Derecho elegido por las partes: cuestiones de Derecho transitorio.

30. Las partes –veremos– pueden modificar la ley rectora del contrato: Se trata de una modificación formal (= los contratantes no “cambian el contenido de la ley”, sino que someten su operación a una ley distinta de la que lo regía hasta entonces [*cambio formal*]). Ahora bien, ¿qué ocurre cuando quien modifica la ley es el legislador? Obsérvese que: a’) Es un problema derivado del *carácter estatal* de la ley

¹⁰⁸ U. KISCHEL, *State contracts. Völker-, schieds-, und internationalprivatrechtliche Aspekte des anwendbaren Rechts*, Stuttgart, 1982; A. REMIRO BROTONS, “La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitraux étrangères”, *RCADI*, 1984-I, t. 184, p. 299, nota 67; P. WEIL, “Principes généraux du droit et contrats d’État”, en *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, pp. 387-413.

¹⁰⁹ L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional: Estudios sobre Derecho comunitario y del comercio internacional*, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 51.

¹¹⁰ K.P. BERGER, *The creeping codification of the Lex mercatoria*, The Hague, 1999.

¹¹¹ M.J. HUNTER, “Publication of Arbitration Awards and Lex Mercatoria”, *Arbitration*, 1988, pp. 55-58 y 67; P. SANDERS, “Trends in the Field of International Commercial Arbitration”, *RCADI*, 1975-II, t. 145, pp. 240-241 y 246.

¹¹² G. KEGEL, “The Crisis of the Conflict of Laws”, *RCADI*, 1964-II, 112, pp. 87 y ss., concr. p. 262.

¹¹³ W. VOIT, “Privatisierung der Justiz”, *JZ*, 52, 1997, pp. 120-125, concr. p. 122.

¹¹⁴ *Vid.*, *ad ex.*, en este sentido, P. MANKOWSKI, “Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs”, *RIW*, 49, 2003, pp. 2 y ss., concr. pp. 13-14; W.-H. ROTH, “Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts”, en *Festschrift für Erik Jayme*, München, 2004, pp. 757-772, concr. p. 766.

¹¹⁵ C. VON BAR, “Unechtes (nichtstaatliches) Einheitsprivatrecht und ‘Lex Mercatoria’”, en C. VON BAR/P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, vol. I (*Allgemeine Lehren*), 2ª ed., München, 2003, pp. 75-88, concr. p. 80.

elegida. b') En este caso, las partes no cambian nada. Es el legislador del ordenamiento estatal al que se han sometido quien cambia la ley. c') Es un *cambio material*: La *lex contractus* permanece la misma; aunque su concreto contenido se ve alterado como consecuencia de una reforma legislativa (*Rechtsänderung nach Vertragsschluss*)¹¹⁶.

31. En caso de cambio legislativo –suele señalarse–, la reforma legal se impondría sobre lo querido por las partes: La designación, como aplicable, de un ordenamiento estatal incluye su Derecho transitorio o intertemporal (*Einschluss intertemporalen Rechts*)¹¹⁷. Naturalmente esta interpretación dependería de lo que dispusiese el Derecho transitorio de la ley rectora del contrato: si ésta dispone su retroactividad y el grado de ésta. El fundamento de esta solución es el siguiente: Cuando las partes designan como aplicable un ordenamiento jurídico estatal, se refieren a un “Derecho vivo” y no a un “Derecho muerto” (*ad ex.*, el Derecho zarista), cuya vocación como *lex contractus* no sería admisible¹¹⁸.

32. Las modificaciones legales pueden, si son muy importantes, alterar completamente el sentido originario que tenía la operación comercial. Se trata, pues, de un problema que tiene no sólo una importancia teórica, sino también una enorme repercusión práctica. Por esto, desde la doctrina, se ha sugerido, por el contrario, toda una batería de soluciones más respetuosa con el amplio reconocimiento por el Reg. Roma I de la autonomía contractual:

1º) Cabe la posibilidad de que el Derecho elegido por las partes reconozca una alteración sustancial de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage*) y extraiga las consecuencias oportunas de ello (teoría de la base del negocio jurídico, *doctrina rebus sic stantibus, Treu und Glauben...*) (C. VON BAR, B. VON HOFFMANN, J. KROPHOLLER, A. LÜDERITZ, D. MARTINY)¹¹⁹;

2º) Si las partes consideran que determinadas disposiciones legales resultan vitales para un contrato internacional, pueden “incorporarlas” individualmente a la operación comercial (G. KEGEL, M. FERID, O. SANDROCK, W. WENGLER)¹²⁰.

3º) Cabe, por otra parte, sólo plantearse esta cuestión de Derecho intertemporal o transitorio, si la nueva normativa contiene normas internacionalmente imperativas (B. AUDIT)¹²¹.

4º) Cabe la posibilidad, especialmente en contratos internacionales entre un Estado y una empresa extranjera (*State contracts*), de que se concluyan *cláusulas de estabilización* (*stabilization clauses, clauses de stabilisation, Stabilisierungsklausen*)¹²². En virtud de estas cláusulas se excluye la posibilidad de que la situación jurídica de los contratantes pueda ser cambiada unilateralmente: Tales cambios no alte-

¹¹⁶ A. WOHLGEMUTH, *Veränderungen im Bestand des Geltungsgebietes des Vertragsstatuts. Eine vergleichende Untersuchung zum IPR des Vertrages anhand insbesondere der niederländischen, italienisch, französischen und deutschen Rechtsprechung*, Berlin, 1979.

¹¹⁷ Vid. D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concur. p. 78; Id., “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, concur. p. 1684.

¹¹⁸ D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, concur. p. 1684 nota 78.

¹¹⁹ Vid. D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, concur. p. 1684.

¹²⁰ Vid. D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, concur. p. 1684 nota 74.

¹²¹ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 688.

¹²² Vid., *ad ex.*, M.T.B. COALE, “Stabilization clauses in international petroleum transactions”, *The Denver Journal of International Law and Policy*, 30, 2, 2002, pp. 217-237; L. COTULA, “Stabilization clauses and the evolution of environmental standards in foreign investment contracts”, *Yearbook of Environmental Law*, 17, 2006, pp. 111-138; P. FIEDLER, , *Stabilisierungsklauseln und materielle Verweisung im internationalen Vertragsrecht*, Frankfurt am Main, 2001; H. MERCK, *Investitionsschutz durch Satabilisierungsklauseln: zur intertemporalen Rechtswahl in State contracts*, Heidelberg, 1990; W. PETER, *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*, 2ª ed., The Hague, 1995; P. WEIL, “Les clauses de stabilisation ou intangibilité insérés dans les accords de développement économique”, en *Mélanges offerts à Charles Rousseau: La communauté internationale*, Paris, 1974, pp. 301-328.

rarían lo dispuesto en el contrato principal. La validez de este tipo de cláusulas depende de la *lex causae* (D. MARTINY)¹²³. En caso de incumplimiento, la empresa extranjera podrá interponer una demanda solicitando una indemnización por daños y perjuicios. De ordinario, los tribunales arbitrales internacionales han admitido las *cláusulas de estabilización*¹²⁴.

5º) Por último, se ha defendido la posibilidad de que las partes concluyan *cláusulas de petrificación* del Derecho aplicable (*freezing clauses, clauses de gel de la loi, Versteinerungsklauseln*). En virtud de ellas, se considera aplicable a un contrato internacional el Derecho estatal elegido por las partes, tal como era éste en un momento determinado (generalmente, el de la conclusión del contrato)¹²⁵. Técnica-mente una *cláusula de petrificación* de la ley aplicable a un contrato internacional no es más que una disposición convencional por la que las partes establecen una “parada temporal” (*zeitliche Arretierung*) del Derecho elegido para regir el contrato y, como consecuencia, excluyen cualquier cambio posterior del contenido de éste (D. MARTINY)¹²⁶. Es discutible la validez legal de este tipo de cláusulas. En su favor, se ha pretendido que deben considerarse como una disposición de Derecho transitorio (*intertemporale Rechtswhal*) –lo cual es falso, porque ésta es tarea que corresponde asumir al legislador y no a los contratantes– o como un acuerdo de *lege utenda* (*kollisionsrechtliche Verweisung*) –lo cual es también falso; porque las partes carecen de facultades para ello–. Cabría, eso sí, considerarlas como un supuesto de autonomía material –en cuyo caso debería juzgarse su validez a la luz de la *lex contractus* objetivamente aplicable en defecto de la autonomía de la voluntad (en este sentido, *ad ex.*, B. VON HOFFMAN, P. LAGARDE, D. MARTINY)–. En la práctica, esto significaría que su validez dependería de que la nueva legislación, aquella que deroga la ley elegida por las partes, contuviese –o no– normas internacionalmente imperativas. Esta es la solución que apunta el art. 8 de la *Resolución del Institut de Droit international sobre la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales entre personas privadas* (sesión de Basilea de 1991): Si las partes acuerdan que la ley elegida debe ser interpretada como aquella en vigor en el momento de la conclusión del contrato, sus disposiciones serán aplicadas como cláusulas materiales incorporadas en el contrato; si, sin embargo, esta ley ha sido modificada o derogada por reglas que pretenden regir imperativamente los contratos en curso, estas reglas deben ser aplicadas¹²⁷.

C) Carácter “negocial” de la elección de ley.

33. La elección de ley por los contratantes constituye un negocio jurídico (el denominado *acuerdo de elección de ley, pactum de lege utenda, choice-of-law agreement* o *Verweisungsvertrag*) que se diferencia claramente del contrato internacional al que se refiere¹²⁸. Una cosa es el contrato internacional concluido por las partes (= contrato principal [*Hauptvertrag*]) y otra, el acuerdo mediante el que éstas fijan

¹²³ D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, con- cr. p. 1685.

¹²⁴ *Vid.*, *ad ex.*, *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (ARAMCO)*, 29 agosto 1958, *International Law Reports*, 27, 1963, p. 117; *Texaco Overseas Petroleum Co. (TOPCO), California Asiatic Oil Co. (CALASIATIC) v. Libya*, 19 enero 1977, *International Law Reports*, 53, 1979, p. 389 (también en *Yearbook Commercial Arbitration*, 4, 1979, p. 177); *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Libya*, 12 abril 1977, *International Law Reports*, 62, 1982, p. 40 (también en *Yearbook Commercial Arbitration*, 6, 1981, p. 89); *Agip S.p.a. v. Gouvernement de la République Populaire du Congo*, 30 noviembre 1979, *Yearbook Commercial Arbitration*, 8, 1983, p. 133 (también en *RCDIP*, 71, 1982, p. 92); *Kuwait v. American Independent Oil Co. (AMINOIL)*, 24 marzo 1982, *International Law Reports*, 66, 1984, p. 518 (también en *International Legal Materials*, 21, 1982, p. 976). En doctrina, A. FARUQUE, “Validity and efficacy of stabilisation clauses: legal protection vs. Functional value”, *Journal of International Arbitration*, 23, 4, 2006, pp. 317-336; A. GIARDINA, “Clauses de stabilisation et clauses d’arbitrage: vers l’assouplissement de leur effet obligatoire?”, *Revue de l’arbitrage*, 2003, 3, pp. 647-666; P. WEIL, “Les clauses de stabilisation ou d’intangibilité insérées dans les accords de développement économique”, en *Mélanges Charles Rousseau*, Paris, 1974, pp. 301-328.

¹²⁵ *Vid.*, *ad ex.*, O. SANDROCK, “‘Versteinerungsklauseln’ in Rechtswahlvereinbarungen für internationale Handelsverträge”, en E. JAYME (Hrsg.), *Ius inter nationes: Festschrift für Stefan Riesenfeld aus Anlaß seines 75. Geburtstages*, Heidelberg, 1983, pp. 211-236.

¹²⁶ D. MARTINY, “Art. 27 EGBGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, 2006, pp. 1674-1714, con- cr. p. 1685.

¹²⁷ Texto en *IPRax*, 1991, p. 429 con nota de E. JAYME; *RabelsZ*, 56, 1992, p. 560 con nota, en p. 547, de F. RIGAUX. Crítico ante esta Resolución del IDI, D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., con- cr. pp. 92-93.

¹²⁸ *Vid.*, *ad ex.*, en este sentido, S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, p. 62.

el Derecho aplicable al contrato (= contrato de remisión [*Verweisungsvertrag*]). La nulidad (o validez) del primero no supone la del segundo y viceversa (*principio de autonomía del pacto de elección de ley* [*rechtliche Selbständigkeit von Verweisungs- und Hauptvertrag*]). *Ejemplo*: El acuerdo de elección de Derecho puede ser válido, aunque conduzca a la nulidad del contrato principal o de alguna de sus disposiciones. Así la sentencia OLG Köln de 29 octubre 1958 declaró aplicable el Derecho alemán a un contrato de prestación de servicios de un abogado (*Rechtsanwaltsvertrag*); porque éste había sido elegido por las partes; aunque, conforme al ordenamiento alemán, era nula la cláusula por la que había pactado los honorarios: “Denn es ist anerkanntes Rechts, daß der Parteiwille auch dann maßgebend ist, wenn die gewollte Rechtsordnung zur Nichtigkeit des Vertrages oder einzelner Vertragsbestimmungen führt”¹²⁹.

34. Es evidente que si cada una de las partes determina unilateralmente la ley aplicable –*ad ex.*, a través de condiciones generales de la contratación o mediante carta, fax o e-mail– y ésta no coincide, no habrá acuerdo de elección de ley y éste se determinará conforme a criterios objetivos (en especial, el art. 4 Reg. Roma I) (D. MARTINY)¹³⁰.

35. La existencia del acuerdo de elección de ley y la validez del consentimiento en cuanto a la elección de la ley aplicable dependen del cumplimiento de varios requisitos de naturaleza muy distinta (art. 3.5 Reg. Roma I). Éstos se someten, en exclusiva, a las disposiciones rectoras de las cuestiones de capacidad (art. 13), forma (art. 11) y fondo (art. 10) (= dichos requisitos constituyen un *numerus clausus*)¹³¹.

36. En principio, es la ley elegida por las partes la que determinará si existió y fue válido el consentimiento (art. 10.1 Reg. Roma I) (*criterio de la potencial lex causae*)¹³². Excepcionalmente, lo será la ley de residencia habitual de la parte que afirme que no dio su consentimiento (art. 10.2 Reg. Roma I) (*criterio de la lex personalis*)¹³³.

37. En caso de que el *pactum de lege utenda* no sea válido, la determinación del Derecho aplicable se hará conforme a criterios objetivos (en especial, el art. 4 Reg. Roma I) (D. MARTINY)¹³⁴.

38. En la práctica internacional, se han desarrollado las *cláusulas flotantes de elección de ley* (*floating choice-of-law clauses*)¹³⁵. Se trata de acuerdos sometidos a condición, que generalmente atribuyen a una de las partes la determinación de la ley aplicable y van asociados a un acuerdo de elección de foro o cláusula compromisoria. *Ejemplo*: En una compraventa internacional, se pactó que, en caso de que el comprador alemán se dirigiese a un tribunal arbitral, se aplicaría el Derecho inglés; por el contrario, si era el vendedor inglés el que iniciaba el procedimiento arbitral, se aplicaría el Derecho alemán¹³⁶. Con este tipo de cláusulas, hay que distinguir dos fases temporales en el contrato. La primera va desde la conclusión del contrato hasta la elección de ley. La segunda, desde que ésta ha sido elegida. Mientras que, en la primera fase, el contrato se rige por el Derecho objetivamente aplicable (de ordinario, el art. 4 Reg. Roma I); en la segunda, se regula por la ley escogida por las partes.

¹²⁹ IPRspr. 1958-59, Nr. 42. Vid. D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 67-68.

¹³⁰ D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. p. 67.

¹³¹ Vid., *ad ex.*, en este sentido, S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, p. 62.

¹³² D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 67-68.

¹³³ Sobre el criterio de la *lex causae*, vid. J. FOYER, “Le contract d’electio juris à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, en *L’internationalisation du droit. Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 169-179.

¹³⁴ D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. p. 67.

¹³⁵ E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I...*, pp. 96-98; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. p. 68; A. SARAVALLE, “Clausola con scelta variabile e convenzione di Roma del 1980”, *RDIPP*, 1995, pp. 17-30.

¹³⁶ OLG München 27 marzo 1974, IPRspr. 1975, Nr. 26.

3. La elección de ley: posibilidades de las partes.

A) Elección múltiple o parcial de la ley del contrato.

39. ¿Pueden los contratantes someter a leyes diversas distintas partes del contrato? Es ésta una cuestión clásica, que se conoce con el nombre de *dépeçage*, a la que el Reg. Roma I responde afirmativamente: Las partes pueden proceder al *fraccionamiento* (*dépeçage*) del contrato; es decir, elegir una ley para todo el contrato o sólo una parte de él (*Teilweise Rechtswahl*)¹³⁷. Esta facultad se infiere del art. 3.1 Reg. Roma I, cuando dispone que “las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

40. Obsérvese que:

1º) Según una *interpretación literal* de dicho precepto, la norma simplemente permitiría que las partes exceptuasen de la ley elegida por ellas una parte del contrato. No dirían cuál es la ley aplicable a la parte exceptuada. En la mayoría de los casos, se determinaría conforme al art. 4 Reg. Roma I. Esta interpretación *inútilmente restrictiva* (B. AUDIT) ignora que, de ordinario, las partes exceptúan una ley; porque quiere elegir otra para esa parte del contrato¹³⁸.

2º) En su lugar, según la opinión dominante, no cabe más que una *interpretación teleológica*: se reconoce a las partes la facultad de que sometan simultáneamente al contrato a varias leyes; para que el contrato así elaborado con fragmentos de diversos ordenamientos jurídicos –el *contrato-puzzle* o *contrato Arlequín*– se ajuste a sus intereses.

3º) Si se ha superado el *recolo histórico* que este tipo de contrato suscitó, ha sido por *tres factores*. a) Uno de ellos es la exigencia de que el fraccionamiento del contrato respete la lógica jurídica de los conjuntos normativos y no rompa el equilibrio contractual. Los intérpretes acertadamente introducen una restricción importante a la facultad de las partes para diseñar un *contrato-puzzle* o *contrato Arlequín*: la de que se trate de partes auténticamente separables, cuya sumisión a ordenamientos distintos no implique la pérdida de coherencia o del sentido lógico-jurídico que tenga el contrato. Así, *ad ex.*, no sería admisible, en principio, que, en un contrato internacional de compraventa, las partes sometiesen las obligaciones del vendedor a un ordenamiento y las del comprador a otro; puesto que el resultado podría ser absolutamente incoherente. El tratamiento fraccionado sólo cabe respecto de partes del contrato que sean suficientemente separables y tengan una entidad autónoma. Un ejemplo, en este sentido, lo constituiría una cláusula compromisoria incluida en un contrato internacional por la que se sometieran a arbitraje los litigios derivados del mismo: en principio, es admisible que las partes sometan el contrato a un ordenamiento jurídico y la cláusula compromisoria a otra diferente. b) Otro ha sido la dificultad de trazar la línea divisoria entre *megacontratos*, contratos con partes heterogéneas, perfectamente separables (suministro de materiales, instalación industrial, garantías...), pero que forman un contrato único, y los *contratos vinculados*, supuesto en el que existe una pluralidad de contratos relacionados entre sí y en el que se admite fácilmente que las partes puedan someterlos a leyes independientes¹³⁹. c) El tercero es la posibilidad de oponer el art. 3.3 Reg. Roma I en el caso de que el fraccionamiento del contrato tenga por finalidad eludir la aplicación de las normas imperativas nacionales¹⁴⁰.

41. En principio, cabe presumir que la intención de las partes es la de pactar un solo Derecho y evitar el fraccionamiento jurídico del contrato (D. MARTINY)¹⁴¹. *Ejemplo*: Cabe entender que las partes so-

¹³⁷ *Vid.*, *ad ex.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, 1992; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I...*, pp. 91-96; M. EKELMANS, “Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, en *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. I, Bruxelles, 1986, pp. 243-253; P. LAGARDE, “Le dépeçage dans le droit international privé des contrats”, *RDIPP*, vol. XXX, 1975, pp. 649-677; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 74-78.

¹³⁸ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 685.

¹³⁹ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 685.

¹⁴⁰ B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 685-686.

¹⁴¹ D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht...*, concr. p. 74.

meten el contrato al Derecho español y no sólo las cuestiones de forma, cuando declaran que es obligatorio e irrevocable para ambos contratantes, aunque no haya sido escriturado notarialmente (“Käufer und Vermittler erklären diesen Vertrag nach den in Spanien geltenden Gesetzen auch ohne notarielle Beurkundung als für beide Seiten rechtsverbindlich und unwiderruflich”)¹⁴².

B) Elección de leyes sin vinculación con el contrato.

42. El Reglamento previene el riesgo de que las partes sometan el contrato a la ley de un Estado con el que no tiene ninguna otra conexión (*mangel objektiver Beziehung*)¹⁴³. Para ello, contempla dos hipótesis:

43. 1ª) *Que la situación esté totalmente integrada en un Estado miembro (essentially domestic contract, situations connected exclusively to one country, rein innerstaatliche Sachverhalte)*¹⁴⁴. Como hemos visto, según el Reg. Roma I, “[c]uando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo” (art. 3.3 Reg. Roma I) (= *normas imperativas del territorio estatal de localización, zwingende Vorschriften*). La nueva redacción del art. 3.3 Reg. Roma I tiene su origen en una propuesta del Consejo, que, en realidad, no altera el criterio de fondo, puesto que es el mismo sostenido por el art. 3.3 del Convenio de Roma de 1980 (“[...] cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo ‘disposiciones imperativas’”) (R. WAGNER)¹⁴⁵. *Ejemplo 1*: Es ineficaz la cláusula de sumisión al Derecho inglés contenida en un contrato de comisión para la conclusión de contratos de venta de divisas a plazo en el que los comitentes eran alemanes y la sociedad comisionaria tenía, de hecho, su sede en Alemania (sentencia LG Hamburg 31 mayo 1990)¹⁴⁶. *Ejemplo 2*: Las disposiciones imperativas de Derecho interno que protegen al trabajador resultan aplicables a un contrato de trabajo en el que las partes, evidentemente a iniciativa de la empresa, se han sometido a un Derecho extranjero, único elemento de extranjería de la relación laboral (sentencia Corte de casación francesa, Sala social, 12 noviembre 2002)¹⁴⁷.

Como observa el considerando 15 Reg. Roma I “no se pretende realizar cambios sustanciales”, sino adaptar la formulación anterior a la disposición correspondiente del Reglamento Roma II¹⁴⁸. *Ejemplo 1*: En 1969, un tribunal tuvo que resolver si un determinado elemento era “pertinente” o relevante para considerar si un contrato era esencialmente doméstico o, por el contrario, era internacional. El litigio se refería a la comisión que debía cobrar una agencia inmobiliaria. El caso estaba muy conectado con Queensland. Pero había un elemento extranjero: La empresa demandante se había constituido conforme a las leyes de Hong Kong. ¿Era éste un elemento pertinente suficiente para entender que se estaba ante

¹⁴² Sentencia BGH 24 noviembre 1989, *IPRspr.* 1989, Nr. 3.

¹⁴³ Ésta es una cuestión que ocupó seriamente al pensamiento clásico en material de contratos internacionales –preocupación muy superior a la importancia real del tema–: Se discutió tradicionalmente si las partes, para poder elegir la ley (extranjera) aplicable al contrato debían tener un *intérêt légitime*, existir una *a real connection with the contract* o hacerlo *bona fide intention*. De lo contrario, se aseguraba, se regulaba el contrato mediante el recurso a una *conexión abusiva (missbrauchliche Anknüpfung)*. Unas excelentes exposiciones de esta preocupación dogmática son las de H. HEISS, “Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischen Internationalen Privatrecht?”, *RebelsZ*, 65, 2001, pp. 634-653, conccr. pp. 651-652, y D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., conccr. pp. 72-74 y 118-121.

¹⁴⁴ *Vid.*, ad ex., S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, pp. 71-72.

¹⁴⁵ E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I...*, pp. 98-104; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 380.

¹⁴⁶ *RIW*, 1990, p. 1020.

¹⁴⁷ Texto en *RCDIP*, 2003, p. 446, con nota de F. JAULT, y *JDI Clunet*, 2004, p. 131, con nota de S. DION.

¹⁴⁸ Se trata del art. 14.2 del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), que dice así: “Cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación estén localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo”. Sobre esta disposición, *vid.*, ad ex., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: El Reglamento “Roma II”*, Granada, 2008, p. 97.

un caso auténticamente internacional? El tribunal consideró que la elección del Derecho de Hong Kong para regir el contrato no había sido hecha de buena fe¹⁴⁹. Con el Convenio de Roma de 1980 y el Reg. Roma I, no se hubiera tratado de averiguar cuál es la intención de las partes, sino de saber si todos los elementos relevantes están conectados con un solo ordenamiento jurídico¹⁵⁰. *Ejemplo 2*: Los contratantes eligen Derecho francés, aunque el contrato –salvo la elección de la ley aplicable– únicamente está relacionado con la República Federal de Alemania: En este caso, se deberán aplicar aquellas disposiciones alemanas que sean imperativas; es decir, de cuyo cumplimiento las partes no puedan abstenerse mediante pacto en contrario (R. WAGNER)¹⁵¹.

44. 2ª) *Que la situación esté totalmente integrada en el territorio de la UE*. El Reg. Roma I establece que “[c]uando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo” (art. 3.4 Reg. Roma I) (*EU-Binnen-Sachverhalten, Binnenmarktsachverhalte*)¹⁵². Se trata de una disposición –conocida como *cláusula del Mercado interior* (*internal market clause, Binnenmarktklausel*)– que establece un paralelismo con la situación anterior, sólo que no se trata de asegurar la aplicación del Derecho imperativo nacional (*die Anwendung zwingenden nationalen Rechts*), sino evitar la elusión del Derecho comunitario (*die Umgehung von Gemeinschaftsrechts*)¹⁵³.

Con esta disposición, en efecto, se desea asegurar el respeto de las normas comunitarias imperativas cuando el caso está conectado por completo con el territorio comunitario: el único elemento de extranjería es la sumisión al Derecho de un tercer Estado (*das Recht eines Drittstaats*) no integrado en la UE. De ahí la expresión “[...] todos los demás elementos extranjeros pertinentes [...]” (art. 3.4 Reg. Roma I) (= *normas imperativas del territorio comunitario de localización*)¹⁵⁴. Dicho con otros términos, el art. 3.4 Reg. Roma I “significa que las normas imperativas del Estado miembro del foro que desarrollan una Directiva tienen que se aplicadas cuando el contrato no tiene importantes contactos con Estados no miembros” (O. LANDO/P.A. NIELSEN)¹⁵⁵. Se trata de una disposición que no existía en el Convenio de Roma de 1980 y que está inspirada en la opinión de algunos autores (O. LANDO, R. MICHIELS/H.-G. KAMANN) –que defendieron la aplicación por analogía del art. 3.3 del Convenio de Roma de 1980 a las situaciones puramente intracomunitarias– y en el art. 14.3 del Reglamento Roma II¹⁵⁶. La solución ha sido

¹⁴⁹ *Golden Acres Ltd v Queensland Estates Pty Ltd* [1969] QdR 378.

¹⁵⁰ J.J. FAWCETT/J.M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett. Private International Law*, 4ª ed., Oxford, 2008, p. 696.

¹⁵¹ R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 380.

¹⁵² J. FETSCH, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag: die Pflicht zur Anwendung der Eingriffsnormen anderer EG-Staaten*, Tübingen, 2002, p. 247; R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 370-439, conocr. pp. 393-394; O. LANDO, “The Law Applicable to the International Sale of Goods”, *RabelsZ*, 75, 1993, pp. 155 y ss., conocr. p. 163; S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, pp. 72-74; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., conocr. p. 121; A. STAUDINGER, “Rom, Brüssel, Berlin, und Amsterdam: Chiffren eines europäischen Kollisionsrechts für Verbraucherverträge”, *ZfRV*, 41, 3, 2000, pp. 93-104, conocr. pp. 95-96.

¹⁵³ S. LEIBLE, “La Propuesta para un Reglamento ‘Roma I...’”, pp. 553-555; S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 528-544, conocr. p. 534; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 380.

¹⁵⁴ Tras una larga discusión en el grupo de trabajo del Consejo se decidió aceptar la propuesta de la Comisión, que inicialmente proponía que “la elección por las partes de la ley de un Estado no miembro no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario cuando sean aplicables al caso particular” (art. 3.5 Propuesta Roma I), aunque limitando su alcance a aquellos supuestos en que, a salvo la elección del Derecho, todos los demás elementos se hallaran en uno o varios Estados miembros. *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I...*, pp. 104-107; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 380.

¹⁵⁵ O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, conocr. pp. 1718-1719.

¹⁵⁶ *Vid.* O. LANDO, “The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations”, *CMLR*, 1987, pp. 159-214, conocr. pp. 180-182; R. MICHIELS/H.-G. KAMANN, “Europäisches Verbraucherschutzrecht und IPR”, *JZ*, 1997, pp. 601-609, conocr. p. 604. El art. 14.3 del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), dice así: “Cuando, en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”. Sobre esta disposición, *vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales...*, p. 98.

criticada por el prof. P. LAGARDE: “La fórmula es excesiva, pues no hay fraude en eludir una disposición simplemente imperativa del Derecho objetivamente aplicable, procediendo a la elección de una ley que no la conocía. En realidad, esta disposición volvería a erigir toda disposición simplemente imperativa del Derecho comunitario, desde el momento en que fuera objetivamente aplicable, en una disposición internacionalmente imperativa, o, dicho de otro modo, en una ley de policía”¹⁵⁷.

Obsérvese que: a’) El momento determinante para apreciar el carácter intracomunitario (*EU-interne Sachverhalte*) o no del caso es el de la elección del Derecho aplicable. b’) En el caso del Derecho comunitario formulado por Directivas, la transposición al Derecho estatal que debe tomarse en consideración es la del Estado en el que se encuentre el tribunal que conozca del litigio (= *Umsetzung nach der lex fori*)¹⁵⁸. c’) Es irrelevante, a estos efectos, que el Estado o Estados con el que el contrato esté conectado sea miembro de la UE, pero no parte del Reglamento (caso de Dinamarca y Reino Unido).

45. En ambos casos, se pretende “dar jaque a la elección de una ley extranjera en un contrato interno, cuando la elección parece inspirada por el fraude” (B. AUDIT)¹⁵⁹. Se trata de disposiciones inspiradas en el Reg. Roma II (art. 14.2 y 3), si bien en éste la localización interna de la situación se aprecia no en el momento de la elección de ley, sino “en el momento en que ocurre el hecho generador del daño”.

46. Por el contrario, cuando el contrato sea objetivamente internacional (= esté conectado con dos o más Estados, sean o no miembros de la UE), nada impedirá, en principio, que las partes elijan la ley aplicable al mismo, aunque sea la de un Estado extracomunitario. A diferencia del art. 10.5 C.c. español, nada hay en el Reg. Roma I que exija que la ley a que las partes se hayan sometido “tenga alguna conexión con el negocio de que se trate”. El Reg. Roma I se ha decantado justo por la solución contraria: las partes pueden elegir la ley de cualquier país, aunque el contrato carezca de vínculos efectivos con él¹⁶⁰. La amplitud con la que el Reg. Roma I reconoce a las partes la facultad de elegir una ley estatal no conectada, de manera objetiva, con el contrato internacional no obedece a la confianza depositada por sus autores en los operadores económicos. Responde, más bien, a la seguridad de que el orden público económico está asegurado por otras disposiciones del propio Reglamento: las que regulan los contratos celebrados por los consumidores y los contratos individuales de trabajo (arts. 5 y 6 Reg. Roma I) –orden público de protección– y las que proclaman la aplicabilidad de las leyes de policía de Estados especialmente conectados con el contrato (art. 9 Reg. Roma I) –orden público de dirección–¹⁶¹.

C) El “contrato sin ley”.

47. Hemos visto que las partes disponen de una amplia libertad para regular un contrato internacional. Pueden someterlo simultáneamente a una o varias leyes. Pueden, incluso, someterlo a una ley estatal con la que el contrato no esté especialmente conectado. De tan amplia libertad, algunos pueden inferir fácilmente que, en realidad, ninguna ley estatal se impone por completo a las partes. Como ha señalado B. AUDIT, de ahí a afirmar que también es posible que las partes decidan no someter el contrato –o, al menos, una parte de él– a ninguna ley estatal, no media más que un paso¹⁶². Se trata de la polémica figura del *contrato sin ley*¹⁶³. El *contrato sin ley* sería un contrato internacional regido exclusivamente

¹⁵⁷ P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, pp. 331-349, conctr. pp. 336-337.

¹⁵⁸ R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 380.

¹⁵⁹ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 681.

¹⁶⁰ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 681.

¹⁶¹ B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 681-682; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation”, *RCADI*, 2000, t. 287, pp. 13-426, conctr. pp. 368-384.

¹⁶² B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 686.

¹⁶³ J.-P. BERAUDO, “Faut-il avoir peur du contrat sans loi?”, *Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, pp. 93-112; S.M. CARBONE, “Il ‘contratto senza legge’ e la convenzione di Roma del 1980”, *RDIPP*, 1983, vol. XIX, pp. 279-287; P. FISCHER, “Bemerkungen zur Lehre von Alfred Verdross über den ‘quasi-völkerrechtlichen’ Vertrag im Lichte der neuesten Entwicklung – Zugleich ein Beitrag zur Theorie über die vertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen Staaten und transnationalen Unternehmen”, en *Ius humanitatis: Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross*, Berlin, 1980, pp. 379-401; L. GANNAGÉ, “Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques. Retour sur un mal aimé”, en *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, 2007, pp. 417 y ss.; P. LEVEL, “Le contrat dit sans loi”, *TCFDIP*, 1964-1966, pp. 209-231; Y. LOUS-SOUARN/J.D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Paris, 1969, conctr. pp. 602-604; M. PAUKNEROVA, “Le ‘contrat sans loi’ in Czech

por la voluntad de las partes sin sometimiento a ninguna ley estatal. La posible existencia de un contrato internacional que no esté regido, como *lex contractus*, por un ordenamiento jurídico estatal supondría, como ha señalado parte de la doctrina, bien un supuesto de “inmunidad legislativa” de dicho contrato (W. WENGLER) o bien una “neutralización del poder normativo del Estado” (P. MAYER)¹⁶⁴.

48. Contra la admisibilidad de los *contratos sin ley* (*Rechtsordnungslose Verträge*), se ha recordado pronunciamientos jurisprudenciales. Así, *ad ex.*, la sentencia Cour de cassation, chambre civile, 21 junio 1950, *Messageries Maritimes*, afirmó que “tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d’un État”¹⁶⁵.

49. A favor de dicha posibilidad, se ha alegado, confundiendo la realidad, *dos hechos*:

50. 1º) No sólo la anterior sentencia, sino también otras decisiones judiciales han admitido la autonomía privada hasta el punto de excluir alguna disposición imperativa del ordenamiento jurídico que, de otro modo, sería aplicable, sin referirse sin embargo a ninguna ley estatal. La autonomía de la voluntad ha podido, en casos internacionales, con el Derecho imperativo interno sin apoyo en ninguna otra norma estatal. Se ha reconocido, *ad ex.*, la validez de una cláusula compromisoria inserta en un contrato internacional que obligaba a un Estado a someterse al arbitraje, posibilidad que estaba prohibida para los supuestos internos (*ad ex.*, Cour de cassation, chambre civile, de 2 mayo 1966, *Galakis*)¹⁶⁶. Lo mismo ha ocurrido con las cláusulas valor-oro y otros mecanismos de revalorización automática de las deudas pecuniarias. *Ejemplo*: La Corte de casación francesa declaró que las partes de un contrato internacional pueden acordar una cláusula oro, incluso en contra de las normas imperativas de Derecho interno que rigen su contrato: la validez de tal cláusula sería reconocida en Derecho francés de conformidad con la noción francesa de orden público internacional (= no toda norma imperativa interna, tiene imperatividad internacional) (Cour de cassation, chambre civile, de 21 junio 1950, *Messageries Maritimes*)¹⁶⁷. Se trataba de un préstamo internacional en dólares canadienses a favor de una empresa francesa. Dicho préstamo fue concluido en el período de entreguerras. Incluía una cláusula-oro y la posibilidad de que, a elección del prestatario, se amortizase en Canadá o en los Países Bajos. Posteriormente, las cláusulas valor-oro fueron suspendidas tanto por el Derecho canadiense como por el Derecho francés, aunque no por el holandés. Se les reprochaba que fomentasen la inflación. La empresa francesa se acogió al principio nominalista incluso en Holanda. Si la Corte de casación francesa dictó tal decisión es porque “permitiendo al prestatario incumplir la causa, se hubiera perjudicado mucho a los prestatarios nacionales en los mercados internacionales” (B. AUDIT)¹⁶⁸.

En realidad, caben dos explicaciones. Una sería que, más allá de las normas estatales, existen normas especialmente aptas para el tráfico internacional que tribunales estatales y arbitrales descubren o reconocen: tales normas existirían “más allá” del Derecho estatal. Otra sería que, en realidad, se trata de normas materiales especiales de origen jurisprudencial. Son normas materiales especiales porque contienen una regulación sustantiva, material y directa que es especial para los supuestos de situaciones privadas internacionales¹⁶⁹. No existen “más allá” del Estado. Son los propios Estados los que, mediante

and European Private International Law”, en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, pp. 775 y ss.; T. REIMANN, *Zur Lehre vom “rechtsordnungslosen” Vertrag*, Bonn, 1970; S.C. SYMEONIDES, “Contracts subject to Non-State Norms”, *AJCL*, 2006, pp. 209 y ss.; H. TAGARAS, “Le contrat sans loi en droit international privé et en droit non étatique”, *Rév. Hellénique de Droit international*, 2006, 1, pp. 119 y ss.; A. VERDROSS, “Gibt es Verträge die weder dem innerstaatlichen Recht noch dem Völkerrecht unterliegen?”, *ZfRV*, 6, 1965, pp. 129-134.

¹⁶⁴ *Vid.*, *ad ex.*, P. MAYER, “La neutralization du pouvoir normative de l’État en matière de contrats d’État”, *JDI Clunet*, 113, 1986, pp. 5-78; W. WENGLER, “Immunité législative des contrats multinationaux”, *RCDIP*, 60, 1971, pp. 637-661.

¹⁶⁵ Texto en *RCDIP*, 1950, pp. 609-615, con nota de H. BATIFFOL y S., 1951.1, pp. 1-3, con nota de J.-P. NIBOYET.

¹⁶⁶ Texto en *JDI Clunet*, 93, 1966, p. 648 y ss., con nota de P. LEVEL, y *RCDIP*, 56, 1967, pp. 553 y ss., con nota de B. GOLDMAN.

¹⁶⁷ Texto en *RCDIP*, 1950, p. 609 con nota de H. BATIFFOL.

¹⁶⁸ B. AUDIT, “How do mandatory rules of Law function in international civil litigation?”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, 18, 2007, pp. 37-50, conr. p. 43.

¹⁶⁹ Sobre la categoría de normas materiales especiales de DIPr. o normas materiales especiales para las situaciones privadas internacionales, *vid.*, *ad ex.*, B. OPPETIT, “Le développement des règles matérielles”, *TCFDIP*, 1988, pp. 121-139; M. SIMON-DEPITRE, “Les règles matérielles dans le conflit de lois”, *RCDIP*, 1974, pp. 591-606.

Convenios internacionales, normas de carácter general o la jurisprudencia de sus propios tribunales crean este tipo de normas. Esto último puede explicarse con facilidad. Las codificaciones estatales fueron una inmensa obra legislativa del siglo XIX. A lo largo, del siglo XX tuvieron que hacer frente a fenómenos para los que no estuvieron pensadas. Este fue el caso, *ad ex.*, de la hiperinflación del período de entre-guerras o de la intervención del Estado en el comercio internacional, en el que el arbitraje privado constituye el medio de arreglo de diferencias por excelencia. Los tribunales, en realidad, se encontraron con unos sistemas de DIPr., en general, formados por unas pocas normas, salvo alguna excepción, que no estaban pensadas para esa realidad. En consecuencia, desarrollaron judicialmente el sistema jurídico¹⁷⁰.

De las dos explicaciones, la segunda es más sencilla, menos brillante, pero creo que más ajustada a la realidad.

51. 2º) Es una práctica frecuente del mundo de los negocios, que procedimientos arbitrales relativos a contratos internacionales se desarrollen y resuelvan conforme a los usos comerciales internacionales y, en general, la denominada *Nueva Lex Mercatoria*, a la que, con diversas denominaciones, suelen referirse algunos contratos internacionales. La propuesta de Reglamento Roma I apuntaba a esta posibilidad: “Las partes también podrán elegir como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria” (art. 3.2, apartado primero, Propuesta Roma I). Ahora bien, un análisis detallado de los trabajos preparatorios revela algunos datos de interés – que han sido puestos de relieve por O. LANDO/P.A. NIELSEN, S. LEIBLE y R. WAGNER¹⁷¹—:

1º) En los planes de la Comisión, no figuraba permitir, con carácter general, la remisión a la *Lex mercatoria*: Ésta, con razón, les pareció bastante imprecisa.

2º) En realidad, la Comisión pretendía algo mucho más modesto: que se pudiese elegir principios y reglas de Derecho material reconocidos internacional o comunitariamente como los *UNIDROIT Principles of International Commercial contracts* y los *Principles of European Contract Law*.

3º) La Comisión planeaba que las partes pudiesen decidirse por la aplicación directa de tales principios y reglas con independencia de cuál fuese el ordenamiento jurídico aplicable desde un punto de vista conflictual. En caso de laguna, podría recurrirse a los principios generales subyacentes en dicha regulación y, sólo subsidiariamente, al Derecho estatal competente según el Reg. Roma I. La propuesta de la Comisión estaba inspirada en el art. 7.2 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

No obstante, el texto final del Reglamento ha dado lo que, sin duda, algunos considerarán un paso atrás: “El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional” (considerando 13 del Preámbulo al Reg. Roma I). A lo más, el Reg. Roma I se remite a lo que pueda ocurrir en el futuro: “En caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas del Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas”(considerando 14 Reg. Roma I). Parece, pues, que los firmes defensores de la *nueva Lex Mercatoria* tendrán que esperar.

52. Cabe preguntarse qué es lo que ha desencadenado este *cambio de actitud* durante el proceso de elaboración. Fueron los Estados miembros los que se opusieron a la propuesta de la Comisión *por varios motivos*: a’) Esos principios y reglas de Derecho material podían suponer un medio muy sencillo de eludir el *Derecho imperativo*; b’) no sólo carecían de *legitimación democrática*, sino que podían poner en peligro la *justicia contractual*, especialmente cuando fuesen elaborados no por organizaciones internacionalmente reconocidas, sino por organizaciones corporativas especializadas; c’) el sistema de integración de lagunas mediante el recurso, en última instancia, a un Derecho estatal, supondría la aplicación de varias fuentes jurídicas, lo que *dificultaría la aplicación del Derecho* y conduciría a la *inseguridad jurídica*; d’) no está claro *quién* tiene que decidir cuándo puede considerarse que un principio o una regla ha sido internacional o comunitariamente reconocido; e’) por último, no estaban claras ni la *dirección que*

¹⁷⁰ Para una análisis en profundidad de las razones y vías seguidas por los órganos judiciales, *vid.* el fascinante estudio de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Granada, 2004.

¹⁷¹ O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, *concr.* pp. 1695-1698; S. LEIBLE, “Choice of the Applicable Law”, pp. 68-70; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, p. 379.

deberían tomar los trabajos futuros ni si en el Tratado de Roma existe *base jurídica* suficiente para semejante instrumento legal (R. WAGNER)¹⁷².

53. La actitud del Reg. Roma I ante la *nueva Lex Mercatoria* y sus diversas modalidades va a suscitar un aluvión de críticas, más *ad nauseam* que por la variedad o solidez de los argumentos. Debo advertir que el ruido del debate es muy superior a la importancia teórica y práctica de la *nueva Lex Mercatoria*¹⁷³. Por todo ello, creo que tiene razón la UE en la postura adoptada. Lo que ha venido a decir es que el tiempo de la *Lex Mercatoria* aún no ha llegado, que ni la seguridad ni la calidad jurídica de las soluciones están garantizadas. Por tanto, habrá que esperar a trabajos futuros, probablemente en el seno de la UE¹⁷⁴. Quizá un paso en esta dirección sea la publicación, en 2008, del proyecto de *Marco común de referencia (Common Frame of Reference)*, un documento elaborado por un grupo de juristas coordinados por el prof. C. VON BAR¹⁷⁵. La puerta no está definitivamente cerrada¹⁷⁶.

D) Momento de la elección de la ley del contrato.

54. ¿Cuándo pueden las partes fijar la ley aplicable a su contrato internacional? Es ésta una cuestión que recibe respuestas diferentes según los ordenamientos o que no siempre ha sido resuelta de manera clara. La discusión dogmática se ha centrado en dos polos. Por un lado, el de si sólo es posible la conclusión del acuerdo sobre el Derecho aplicable *antes* de la conclusión del contrato o si puede formularse también *después (ex post choice)*. Y, por otro, el de si, designado por los contratantes ese ordenamiento jurídico estatal, pueden revocar su declaración anterior.

55. La falta de una norma específica sobre tiempo hábil para la admisibilidad de tal declaración ha originado, en algunos sistemas estatales de DIPr., respuestas doctrinales o jurisprudenciales no exentas de imaginación ni sutileza, pero contradictorias y, por consiguiente, incapaces de satisfacer la exigencia de seguridad que reclama el tráfico mercantil internacional¹⁷⁷. De aquí la importancia práctica de

¹⁷² R. WAGNER, "Der Grundsatz der Rechtswahl...", pp. 379-380 y bibliografía allí señalada.

¹⁷³ *Vid., ad ex.*, sobre esta cuestión, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Los contratos internacionales y el mito de la 'nueva Lex Mercatoria'", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, 2006, pp. 55-80.

¹⁷⁴ En este mismo sentido, R. WAGNER, "Der Grundsatz der Rechtswahl...", p. 380.

¹⁷⁵ C. VON BAR (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, prepared by the Study Group on a European Civil code. *Vid.* N. JANSEN/R. ZIMMERMANN/G. WAGNER/F. FAUST/H. EIDENMÜLLER, "Le cadre commun de référence pour le droit privé européen", *Rev.trim.dr.eur.*, 44, 4, 2008, pp. 761-810; S. LEIBLE, "Choice of the Applicable Law", pp. 70-71; D. MARTINY, "Common Frame of Reference und Internationales Vertragsrecht", *ZEuP*, 2007, pp. 214-228; D. MAZEAUD, "Principes du droit européen du droit du contrat, Project de cadre commun de référence, Principes contractuels communs", *Rev.trim.dr.eur.*, 44, 4, 2008, pp. 723-740.

¹⁷⁶ En este sentido, *ad ex.*, S. LEIBLE/M. LEHMANN, "Die Verordnung...", pp. 528-544, concur. p. 533: "Claro está que esto no es el fin" (*Das ist freilich nicht das Ende*). Sobre la posibilidad e, incluso, conveniencia de elaborar un instrumento contractual normativo, como alternativa metodológica al servicio no sólo de la integración europea, sino también del comercio internacional, y los problemas que plantea, *vid., ad ex.*, los excelentes análisis, en la doctrina española, de N. BOUZA VIDAL, "La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea (Consideraciones sobre el Plan de Acción de la Comisión de febrero de 2003)", en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, 2005, pp. 1309-1334, L. Díez PICAZO/E. ROCA TRÍAS/A.M. MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Madrid, 2002, y A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Lex mercatoria and harmonization of contract law in the EU*, Copenhagen, 2003, concur. pp. 237-310. Además, siguen siendo muy sugerentes los trabajos de J. DREXL, "Continuing contract law harmonization under the White Paper of 1985? Between minimum harmonisation, mutual recognition, conflict of laws and Uniform Law", en S. GRUNDMANN/J. STUYK (Eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague, 2002, pp. 113-116, y S. GRUNDMANN/W. KERBER, "European system of contracts law – a map for combining the advantages of centralised und decentralised rule-making", en S. GRUNDMANN/J. STUYK (Eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague, 2002, pp. 295-351.

¹⁷⁷ *Vid., ad ex.*, U. BAUER, *Grenzen nachträglicher Rechtswahl durch Rechte Dritter im Internationalen Privatrecht*, Pfaffenweiler, 1992; M.B. JASPERS, *Nachträgliche Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtspraxis in England, Frankreich, Dänemark und Deutschland*, Frankfurt am Main, 2002; W. MÖLLENHOFF, *Nachträgliche Rechtswahl und Rechte Dritter*, Berlin, 1993; P.M. NORTH, "Varying the proper law", en *Multum Non Multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg, Karlsruhe, 1980, pp. 205-220; D.G. PIERCE, "Post-

que el Reg. Roma I contenga una disposición específica: Las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato “en cualquier momento” (art. 3.2 Reg. Roma I). Lo más habitual será que lo hagan al tiempo de la conclusión¹⁷⁸. Nada se opone, sin embargo, a que se pongan de acuerdo sobre la ley aplicable al contrato *después* de su conclusión –incluso en el transcurso del proceso–. A favor de esta solución –que es la acogida por el art. 3.2 Reg. Roma I– militan las mismas razones que apoyan la autonomía de la voluntad conflictual¹⁷⁹.

56. Desde el punto de vista de la situación anterior a dicha designación, pueden producirse, por tanto, dos situaciones diversas:

1ª) Que los contratantes no hubieran fijado la *lex contractus* al tiempo de concluir su operación: Las partes pueden cambiar la ley elegida durante la vigencia del contrato, incluso en el caso de que previamente no hubiesen elegido la ley rectora del contrato¹⁸⁰. En este caso, el contrato internacional se regiría por la ley designada por el art. 4 Reg. Roma I. Esta última ley retrocedería ante la designada por las partes en un momento posterior. De ordinario, no se tratará “más que de la confirmación de un acuerdo insuficientemente explícito” (B. AUDIT)¹⁸¹. Ahora bien, tanto si se trata de una aclaración del ordenamiento jurídico (*eine Klarstellung der Rechtsordnung*) que las partes han tomado como punto de partida, durante la negociación del contrato, como si se trata de una auténtico *pactum de lege utenda modificativo* (*wirkliche Neuvereinbarung*), es evidente que las partes deben respetarlo y que, en principio, cabe suponer que los efectos del mismo se retrotraen al momento de la conclusión del contrato (*auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück*) (D. MARTINY)¹⁸².

2ª) Que las partes hayan elegido una ley al tiempo de la conclusión; pero decidan designar otra ley para la totalidad o parte del contrato en un momento posterior.

57. Desde el punto de vista de la forma de dicha elección, cabe admitir dos escenarios distintos: que la elección sea *expresa o implícita*¹⁸³. La *elección expresa o explícita* se verifica mediante la estipulación de un nuevo *pactum de lege utenda*. La *elección implícita* que se produce, de ordinario, cuando ambas partes litigan en el transcurso de un procedimiento conforme a una ley estatal determinada¹⁸⁴. Es cierto que la jurisprudencia tiende, con frecuencia, a concluir que las partes ha elegido el Derecho del foro (*ad ex.*, el Derecho alemán), cuando apoyan su argumentación en preceptos jurídicos nacionales (*ad ex.*, el BGB o el HGB) (D. MARTINY)¹⁸⁵. Pero no se trata de un modo de

Formation choice of law in contract”, *Modern Law Review*, 1987, pp. 176-201; L. RAAPE, “Nachträgliche Vereinbarung des Schuldstatuts”, en *Festschrift für Gustav Boehmer*, Bonn, 1954, pp. 111-120; G. REINHART, “Zur nachträglichen Änderung des Vertragsstatuts nach Art. 27 Abs. 2 EGBGB durch Parteivereinbarung im Prozess”, *IPRax*, 1995, pp. 365-371; H. SCHACK, “Rechtswahl im Prozess?”, *NJW*, 1984, pp. 2736-2740; A. SPICKHOFF, “Nachträgliche Rechtswahl: Interlokales und intertemporales Kollisionsrecht, Form, Rückwirkung und Beweislast”, *IPRax*, 1998, pp. 462-465; M. TOMASZEWSKI, “La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit”, *RCDIP*, 1972, vol. XXXVI, pp. 600-621.

¹⁷⁸ E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I...*, pp. 107-109.

¹⁷⁹ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 687.

¹⁸⁰ S. POILLOT-PERUZZETO, “Le règlement Rome I...”, *concr.* p. 6.

¹⁸¹ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 687.

¹⁸² D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., *concr.* p. 116.

¹⁸³ *Vid.*, *ad ex.*, sentencia BGH 19 enero 2000, *JZ*, 2000, p. 115 con nota de O. SANDROCK.

¹⁸⁴ K. BUCHTA, *Die nachträgliche Bestimmung des Schuldstatuts durch Prozessverhalten im deutschen, österreichischen und schweizerischen IPR*, München, 1986; D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., *concr.* pp. 103-107; H. SCHACK, “Keine stillschweigende Rechtswahl im Prozess!”, *IPRax*, 1986, 6, pp. 272-274. Si las partes litigan representadas por abogados, entonces la eficacia de una elección implícita del Derecho aplicable a través del comportamiento procesal de aquellas dependerá del poder de representación, pero, como ha observado H.P. MANSEL, “Kollisions- und zuständigkeitsrechtlicher Gleichlauf der vertraglichen und deliktischen Haftung”, *ZvglRW*, 86, 1987, pp. 1-24, *concr.* p. 13, cabe sobrentender que dicha facultad está implícita en el poder de defender los intereses de sus clientes, apoyando o, por el contrario, impugnando las relaciones contractuales objeto del litigio, por más que esto no deje de ser, en palabras de D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., *concr.* p. 104, “una pura ficción” (*eine reine Fiktion*).

¹⁸⁵ D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1 y ss., *concr.* p. 103, nota 3, con abundantes referencias jurisprudenciales.

designación del Derecho aplicable privativo de la *lex fori*: cabe la posibilidad de que las partes construyan sus alegatos ante el tribunal sobre la base de disposiciones jurídicas de un ordenamiento extranjero¹⁸⁶.

58. Desde el punto de vista del alcance temporal de la elección tardía de ley aplicable, las partes pueden, en principio, establecer que sus efectos sean retroactivos y se retrotraigan hasta el momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*) o que, por el contrario, sólo se produzcan desde el momento de la novación del contrato (*ex nunc*). Esta solución es la más respetuosa con la voluntad de las partes. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es la solución a seguir en caso de que los contratantes no lo indiquen o lo hagan, pero con ambigüedad. En este caso, parece aconsejable seguir al art. 116.3 de la Ley federal suiza sobre el DIPr. de 18 diciembre 1987 y a cierta jurisprudencia alemana: la solución más sencilla para evitar que el contrato esté sometido sucesivamente a varias leyes estatales es interpretar que, salvo disposición en contra de la partes, el acuerdo de elección de Derecho aplicable novatorio retrotrae sus efectos al momento de la conclusión del contrato¹⁸⁷.

59. En caso de *elección tardía* de la ley contractual, el Reglamento establece *dos precisiones*:

60. 1ª) Que “[t]oda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la *validéz formal del contrato* [...]” (art. 3.2, *in fine* Reg. Roma I). Esta disposición era necesaria; porque el Reglamento somete la forma del contrato a la ley reguladora del fondo; si bien lo hace con carácter alternativo, para favorecer el *favor negotii* (art. 11 Reg. Roma I). Cabía, pues, plantearse qué incidencia podría tener el cambio de la *lex causae* o ley rectora del fondo del asunto, cuando ésta rige también las cuestiones formales (*Formgültigkeit*). Para despejar esta cuestión, conviene distinguir *dos supuestos*. Primero: Que el contrato internacional sea formalmente válido conforme a la ley originariamente aplicable e, inicialmente, no lo sea conforme a la nueva *lex causae*, más exigente en cuestiones de forma. En este supuesto, el contrato seguiría siendo formalmente válido (= una eventual nulidad formal carecería de eficacia retroactiva y, por tanto, no le afectaría). Permitir que la nueva ley supusiese la invalidez formal sería contrario a la voluntad de los contratantes –que, es evidente, no han podido querer eso–. Otra interpretación, además, sería incompatible con la razón de ser de las normas de conflicto con conexiones alternativas habituales en la designación del estatuto formal que es el *favor negotii*. Segundo: Que el contrato internacional ser formalmente nulo en su origen y, en principio, válido conforme a la nueva ley designada por las partes. En este supuesto, el contrato sería finalmente válido desde el punto de vista de las cuestiones de forma: se produciría una “sanación a través de un conflicto móvil” (*es kommt zu einer Heilung durch Statutenwechsel*) (D. MARTINY)¹⁸⁸.

61. 2ª) Que “[t]oda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, [...] no afectará a los *derechos de terceros*” (art. 3.2, *in fine* Reg. Roma I)¹⁸⁹. No cabe, por tanto, una elección de ley que perjudique los derechos válidamente adquiridos por terceros conforme a la ley que regía el contrato con anterioridad (*Rechte Dritter*). Se sigue, pues, la *prohibición de empeoramiento o afectación* (*Beeinträchtigungs- oder Verschlechterungsverbot*) de los derechos de terceros que acogen algunos ordenamientos jurídicos estatales –caso, *ad ex.*, del § 11.3 de la Ley austríaca de DIPr. de 15 junio 1978 y del art. 116.3, apartado 2, de la Ley federal suiza sobre el DIPr. de 18 diciembre 1987–. Según dicha prohibición, el pacto novatorio de ley aplicable es una *res inter alios acta*

¹⁸⁶ *Vid.*, *ad ex.*, sentencia OLG Hamm 13 octubre 1998, *RIW*, 1999, p. 787, en la que los litigantes razonaron a partir del Derecho del Estado norteamericano de Minnesota.

¹⁸⁷ En este sentido, *ad ex.*, sentencia BGH 22 enero 1997, *IPRax*, 1998, p. 479, con nota de A. SPICKHOFF, “Nachträgliche Rechtswahl: Interlokales und intertemporales Kollisionsrecht, Form, Rückwirkung und Beweislast”, *IPRax*, 1998, pp. 462-465. En contra, *vid.* sentencia OLG Frankfurt 13 febrero 1992, *IPRax*, 1992, p. 314; sentencia LG Essen 20 junio 2001, *IPRax*, 2002, p. 396, con nota de C. KRAPFL, “Zur Zulässigkeit des Erfolgshonorars für Rechtsanwälte und Steuerberater bei hinreichendem Auslandsbezug”, *IPRax*, 2002, pp. 380-384.

¹⁸⁸ D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, p. 1 y ss., con cr. p. 117.

¹⁸⁹ Idea originariamente defendida por L. RAAPE, “Nachträgliche Vereinbarung des Schuldstatuts”, en *Festschrift für Gustav Boehmer*, Bonn, 1954, pp. 111-120, con cr. p. 115.

que no puede perjudicar a los terceros sin su consentimiento. *Ejemplo*: Los contratantes no pueden someterse a una Ley (*ad ex.*, la inglesa) que ignore la validez de la operación concluida por las partes, de una de sus cláusulas o de los actos realizados por ellas hasta ese momento.

El Reglamento Roma I no define quiénes son los *terceros* ni *cuándo* adquieren un derecho frente a los contratantes (*ad ex.*, si una estipulación a favor de tercero es o no irrevocable una vez aceptada por éste). Sería deseable que se impusiese una *interpretación autónoma* en los tribunales nacionales de los Estados miembros. Esta solución debería imponerse en aras de la armonía internacional de soluciones y de la uniformidad del Derecho comunitario. Sería la mejor a la hora, *ad ex.*, de resolver si la elección de las partes tiene efecto retroactivo o no (= *solución uniforme e igual para todos*). En su defecto, creo que debiera recurrirse a la ley rectora del contrato anterior al cambio (*antigua lex causae*) (= *solución uniforme, cualquiera que fuese el tribunal aplicable, aunque, en concreto, pudiese ser diferente según la ley estatal aplicable*). Por el contrario, no veo cuáles puedan ser las ventajas de la solución propuesta por algún prestigioso autor: que dichas cuestiones se sometan por el juez del foro a los principios de DIPr. de éste (B. AUDIT)¹⁹⁰. La solución material, en este caso, podría ser diferente según la ley estatal aplicable y, además, no se aseguraría tampoco la armonía internacional de soluciones (= *que los jueces de cada Estado parte del Reg. Roma I aplicasen la misma ley estatal, aunque ésta fuese distinta en cada caso concreto y su contenido pudiera ser diferente*).

III. Contratos internacionales de consumo.

1. Consideraciones preliminares.

62. El art. 5 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales instituyó un régimen especial para los contratos concluidos por los consumidores. Dicho régimen se caracterizaba, sumariamente, por *tres notas* (G. PIZZOLANTE):

1ª) Al igual que, conforme al régimen general de los contratos internacionales previsto por el Convenio de Roma, las partes no sólo podían elegir la ley reguladora del contrato, sino que disponían de una amplia libertad: podían elegir cualquier ley, aunque no presentase ningún vínculo con el contrato, y podían modificar su elección inicial.

2ª) A diferencia, sin embargo, del régimen general de los contratos internacionales previsto por el Convenio de Roma, dicha elección de ley no podía producir el resultado de privar al consumidor de la protección garantizada por las disposiciones imperativas del país en el que residía habitualmente. Para que este *blindaje jurídico* operase, era necesario que concurriesen determinadas circunstancias reveladoras de la confianza depositada por el consumidor en su propia ley:

a) que la conclusión del contrato hubiese estado precedida en el país de residencia habitual del consumidor por una oferta específica o una publicidad y que el consumidor hubiese realizado en su país los actos necesarios para la conclusión del contrato;

b) que el otro contratante hubiese recibido el encargo en el país de residencia del consumidor;

c) que, si el contrato supusiese una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado del país de residencia a un país extranjero y hubiese hecho el encargo en él, el viaje hubiese sido organizado por el vendedor con el fin de favorecer la venta.

3ª) A diferencia, también, del régimen general de los contratos internacionales previsto por el Convenio de Roma, en defecto de elección de ley y siempre que concurrieran las anteriores condiciones, no se acudía a la conexión más estrecha (art. 4 del Convenio de Roma de 1980), sino a la ley del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual¹⁹¹.

¹⁹⁰ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 688. Sobre los principios de DIPr., *vid.*, *ad ex.*, H. MUIR WATT, "Les principes généraux du droit international privé", *JDI Clunet*, 1997, pp. 403-415; B. OPPETIT, "Les principes généraux en droit international privé", *Archives de philosophie du droit*, t. 32, 1987, pp. 179-187; W. WENGLER, "Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits", *RCDIP*, 1952, pp. 595-622 y 1953, pp. 37-60.

¹⁹¹ G. PIZZOLANTE, "Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I')", en "Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA", en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 1.

63. Con motivo de su aplicación práctica, el art. 5 del Convenio de Roma de 1980 fue objeto de crítica por un amplio sector doctrinal, que detectó *puntos débiles* en la reglamentación que ofrecía a los contratos concluidos por consumidores. Primero: Desde el punto de vista de los sujetos tutelados, el art. 5 del Convenio de Roma protegía al *consumidor pasivo*; pero no ofrecía una protección jurídica adecuada al *consumidor activo o móvil* (*consumatore 'mobile'*) —es decir, a “aquél que, con el fin de efectuar una adquisición o recurrir a un servicio, se ha trasladado a un país diverso de aquel en que reside habitualmente”¹⁹²—. Segundo: Desde el punto de vista económico, muchos se cuestionaban si, con el transcurso del tiempo, el art. 5 del Convenio de Roma era adecuado a las nuevas técnicas de comercialización a distancia y, en especial, al comercio electrónico¹⁹³. Tercero: Desde el punto de vista metodológico, se criticaba la eventual aplicación cumulativa de la ley elegida por las partes y de las disposiciones imperativas del país de residencia habitual del consumidor (*double protection rule, raisin theory*): “En caso de litigio, esta solución compleja implica costes de procedimiento suplementarios, en absoluto justificados por la cuantía a menudo escasa del contencioso de consumo” —había observado la Comisión—¹⁹⁴.

64. Los contratos de consumo son objeto de un extenso precepto (el art. 6 Reg. Roma I), que es una norma de conflicto, cuya *principal característica* es la restricción de la autonomía de la voluntad en aras de la protección del consumidor: La ley rectora de un contrato internacional de consumidores es la ley del país de residencia habitual del consumidor, salvo que las partes hayan elegido otra ley estatal que disponga un mayor nivel de protección para el consumidor¹⁹⁵. Cabe preguntarse por la razón de ello.

¹⁹² G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 1.

¹⁹³ *Id.*, *ad ex.*, M. FALLON/J. MEEUSEN, “Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé”, *RCDIP*, 91, 2002, pp. 435-490; L.E. GILLIES, “Choice-of-Law rules for Electronic Consumer Contracts: Replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation”, *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 89-112; G. IORIO FIORELLI, *Il contratto elettronico tra armonizzazione materiale e diritto internazionale privato*, Padova, 2006; S. LEIBLÉ, “Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor”, *Estudios sobre Consumo*, 85, 2008, pp. 9-22; L. DE LIMA PINHEIRO, “Direito aplicável aos contratos celebrados através da internet”, en *Id.*, *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, 2009, pp. 11-65; G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 1; K. SIEHR, “Telemarketing und Internationales Recht des Verbraucherschutzes”, *Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts. JKR*, 1998, pp. 151-201; Z. TANG, “Parties’ Choice of Law in E-Consumer Contracts”, *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 113-136.

¹⁹⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión, Bruselas 15 diciembre 2005, COM(2005) 650 final. *Vid.* O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, *concr.* pp. 1708-1709.

¹⁹⁵ La bibliografía sobre los contratos internacionales de consumo es abundantísima. Sólo desde la perspectiva de las cuestiones de Derecho aplicable, pueden indicarse, *ad ex.*, los siguientes estudios: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, 1992; B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, 2003; B.-M. BALLER, *Der Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes in persönlicher und internationaler Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligung Dritter am Kreditvertrag*, Frankfurt am Main, 2001; K. BITTERICH, “Kollisionsrechtliche Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Schutzstandards im Bereich des Verbraucherschutzes: Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung”, *RIW*, 2006, pp. 262-270; A. BOGGIANO, “International Standard Contracts”, *RCADI*, 1981, vol. 170, pp. 9-113; B. BÖHM, *Verbraucherschutz im internationalen Privatrecht*, Bayreuth, 1993; D. DAL BO, “La Direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori”, *DCI*, 1993, vol. VII, pp. 567-580; E. DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet. Contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista*, Coimbra, 2002; U. DROBNIG, “Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr”, en *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung. Festschrift für F.A. Mann*, München, 1977, pp. 591-615; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el Mercado interior europeo*, Granada, 2003; M. FALLON, “Le droit des rapports internationaux de consommation”, *JDI Clunet*, 1984, pp. 765-847; P. FRANZINA, “Norme di conflitto comunitarie in materia di contratti con consumatori e corretto funzionamento del Mercato interno”, *RDI*, 2009, pp. 122-129; M. FRIGO, “L’efficacia delle condizioni generali di contratto alla luce delle convenzioni di Roma e di Vienna del 1980”, *DCI*, 1993, pp. 521-538; L. FUMAGALLI, “Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1994, pp. 15-32; T.C. HARTLEY, “Consumer Protection Provisions in the EEC Convention”, en P.M. NORTH (Ed.), *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, a Comparative Study*, Amsterdam, 1982, pp. 111-124; U. HÜBNER, “Allgemeine Geschäftsbedingungen und IPR”, *NJW*, 1980, pp. 2601-2607; A.-C. IMHOFF-SCHIEER, *Protection du consommateur et contrats internationaux. Études suisses de droit international*, Genève, 1981; E. JAYME, “Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Droit international et droit communautaire, (Actes du colloque, Paris, 5-6 avril 1990)*, Paris, 1991, pp. 77-86; *Id.*, “Allgemeine Geschäftsbedingungen und IPR”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1978, pp. 105-123; C. KESSEDIAN, “La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles- Vingt ans après”, en *Pri-*

Para comprender tanto su justificación como el método adoptado por el Reg. Roma I deben tenerse en cuenta estas ideas:

1^a) En las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE –así como en muchos otros Estados– existen disposiciones imperativas que protegen a ciertas clases de contratantes que se consideran económicamente mucho más débiles que las empresas con las que contratan. Tal es el caso, no único, pero sí paradigmático, de los contratos de consumidores¹⁹⁶. Unas veces, se trata de contratos internos. Otras, de contratos internacionales.

vate Law in the International Arena, *Liber Amicorum K. Siehr*, The Hague, 2000, pp. 329-340; L. KRÄMER, *La CEE et la protection du consommateur*, Bruxelles, 1988; P. LAGARDE, “Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l’Union européenne”, en *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, 2001, pp. 511-521; O. LANDO, “Consumer Contracts and Party Autonomy in the Conflicts of Law”, en *Mélanges A. Malmström*, Estocolmo, 1972, pp. 141-164; L. DE LIMA PINHEIRO, “Direito aplicável aos contratos com consumidores”, *ROA*, 61, 2001, pp. 155-170; L.D. LOACKER, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht: zum Anwendungsbereich von Artikel 5 des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens aus österreichischer und deutscher Sicht*, München, 2006; G. MÄSCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*, Berlin, 1993; U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *ZVglRW*, 2004, pp. 131-189, esp. pp. 166-170; P. MANKOWSKI, “Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung: Revolution im Internationalen Verbrauchervertragsrecht?”, *ZVglRW*, 2006, pp. 120-163; ID., “Consumer Contracts under Article 6”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich*, 2008, pp. 121-160; F.A. MANN, “Unfair contracts terms act 1977 and the conflict of laws”, *ICLQ*, 1978, pp. 661-689; R. MICHIELS/H.-G. KAMANN, “Europäisches Verbraucherschutzrecht und IPR”, *JZ*, 1997, pp. 601-609; H.W. MICKLITZ, “La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976. Bilan de onze années d’application”, *RIDC*, 1990, pp. 101-124; A.-M. DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l’Union Européenne*, Marseille, 2001; C.G.J. MORSE, “Consumer contracts, employment contracts and the Rome Convention”, *ICLQ*, 1992, pp. 1-21; L. NIGLIA, “The ‘Rules’ Dilemma – The Court of Justice and the Regulation of Standard form consumer contracts in Europe”, *The Columbia Journal of European Law*, 2006-2007, pp. 125-146; R. DE NOVA, “La legge tedesca sulle condizioni generali di contratto”, *RDIPP*, 1978, pp. 107-135; F. OSMAN, “La loi applicable aux contrats transfrontières de crédits a la consommation”, *DPCEI*, 1992, pp. 279-306; H.H. OTTO, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und IPR*, Göttingen, 1984; P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Geneve, 1985, pp. 129-135; M. PELICHET, “Les ventes aux consommateurs”, *RCADI*, 1980, vol. 168, pp. 185-230; G. PIZZOLANTE, “L’incidenza del diritto comunitario sulla determinazione della legge applicabile ai contratti dei consumatori”, *RDIPP*, 2005, pp. 377-406; G. PIZZOLANTE, “I contratti con i consumatori nella proposta di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *RDIPP*, 2006, pp. 987-998; ID., “I contratti conclusi dai consumatori nella proposta di regolamento ‘Roma I’”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento ‘Roma I’ – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 50-61; ID., “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa; F. POCAR, “La legge applicabile ai contratti con i consumatori”, en AA.VV., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, pp. 303-316; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, 2006; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores (Propuesta de modificación del art. 5 del Convenio CE de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)”, *Gac.Jur.UE*, 2002, pp. 75-91; ID., “Globalización, regionalización y nuevas tecnologías en el DIP de los contratos de consumo (mercado interior y Convenio de Roma)”, en *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2003, pp. 231-242; ID., “Incorrecta transposición de la noción de ‘vínculo estrecho con el territorio comunitario’ de las Directivas de consumo (STJCE de 9.9.2004, as. 70/03 Comisión c. España)”, *RDCE*, 2005, pp. 535-551; N. REICH, *Internal market and diffuse interests. An introduction to EC trade law*, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, 1990; M. REQUEJO ISIDRO, “Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional”, *REDI*, 2005, vol. 57, pp. 257-288; K. SACHSE, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privat- und Prozessrecht*, Tübingen, 2006; J. SAUVEPLANNE, “Consumer protection in Private International Law”, *NILR*, 1985, pp. 100-122; D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, en F. FERRARI/S. LEIBL (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, pp. 89-110; M.I. SPAGNOLETTI ZEULI, “La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto ed il Diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1978, pp. 530-548; A. STAUDINGER, “Rom, Brüssel, Berlin, und Amsterdam: Chiffren eines europäischen Kollisionsrechts für Verbraucherverträge”, *ZJRV*, 41, 3, 2000, pp. 93-104; H. STOLL, “Zur Neuordnung des internationalen Verbrauchervertragsrechts”, en J. BASEDOW Y OTROS, *Aufbruch nach Europa 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 463-477; M. TAMBURINI, “Unificazione del diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo”, en *L’unificazione del diritto internazionale privato e processuale (Studi in memoria di Mario Giuliano)*, Cedam, Padova, 1989, pp. 869-879; T. TREVES, “Un nuovo labirinto normativo in tema di legge applicabile alla vendita: le vendite ai consumatori”, en *Studi G. Broggin*, Milano, 1997, pp. 561-576; U.M. WEBER-STECHER, *Internationales Konsumvertragsrecht: Grundbegriffe, Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sowie anwendbares Recht; (LugÜ, IPRG, EVÜ, EGBGB)*, Zürich, 1997; R.G. WILLHELM, *Verbraucherschutz bei internationalen Fernabsatzverträgen: der Schutz deutscher Verbraucher bei internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen im Fernabsatz unter Berücksichtigung des europäischen Verbraucherschutzes*, Hamburg, 2007; E. ZABALO ESCUDERO, “Aspectos jurídicos de la protección al consumidor contratante en el DIPr.”, *REDI*, 1985, pp. 109-126.

¹⁹⁶ Vid., ad ex., J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Protección de los consumidores y Derecho de los contratos”, *Anuario de Derecho civil*, 47, 2, 1994, pp. 305-324.

2ª) En este último supuesto, algunos sistemas de DIPr. ofrecen también una especial protección a esas categorías de contratantes débiles¹⁹⁷. No en vano, observaban algunos antiguos autores, el Derecho interno se proyecta sobre el DIPr. como la luz sobre los objetos, que proyecta la silueta de éstos, aunque deformando su figura.

3ª) En tales supuestos –uno de los cuales es el de los contratos concluidos por consumidores–, la libertad de elección de ley podría ser utilizada en perjuicio de la parte contractual más débil: Empresas, empresarios o profesionales concluyen contratos con partes (consumidores, trabajadores) que no disponen del mismo *poder de negociación (bargaining power)*. Dichos contratos son, en realidad, *contratos de adhesión*: la intervención de la parte más débil se reduce, en la mayoría de las ocasiones, a la facultad de asentir, sin introducir modificaciones de relieve, o abstenerse de contratar. Entre las cláusulas del contrato a las que se somete, figura la *cláusula de elección de ley*. De ordinario, la *ley elegida* no es más que la *ley impuesta* al consumidor (o trabajador), si quiere contratar (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)¹⁹⁸. Si esto fuera así, la justicia contractual saldría malparada.

4ª) Para impedirlo, caben varios métodos:

1º) Se puede recurrir a las denominadas *leyes de policía* (normas internacionalmente imperativas, normas de aplicación inmediata, normas de aplicación necesaria...): Éste método consiste, en esencia, en aplicar las normas materiales del foro (la *lex fori*) previstas para los supuestos internos también a los supuestos internacionales. Dicho con otros términos, las disposiciones imperativas de Derecho interno protectoras de los consumidores serían aplicables también a las situaciones privadas internacionales de las que conocieran las autoridades o tribunales estatales. Existiría una estrecha correlación entre *fórum* y *ius*: Si existen razones para que dichas autoridades estatales se consideren competentes, también las habrá para que se apliquen sus normas. Ahora bien, como se ha señalado, “este remedio es inadecuado a una vasta escala: supone prácticamente la intervención de un juez, no se aplica más que a disposiciones puntuales y depende de la aplicación de diferentes factores” (B. AUDIT)¹⁹⁹.

2º) Se pueden dictar *normas de conflicto especiales* que acojan la autonomía de la voluntad conflictual *ad cautelam*; es decir, que ésta sólo sea posible cuando no prive a la parte contractualmente más débil de la protección jurídica que le hubiera dado el ordenamiento jurídico objetivamente aplicable en defecto de autonomía de la voluntad, del Estado de su residencia habitual o del Estado del lugar de ejecución del contrato de trabajo. Por consiguiente, la autonomía de la voluntad conflictual –que es la regla general para los contratos internacionales– sigue siendo la conexión principal para estos tipos contractuales. No se trata de suprimirla, sino de permitir que se recurra a ella a favor de disposiciones más favorables para las personas protegidas (= que la autonomía conflictual no se emplee para “vaciar” el *ius cogens* protector de la parte contractual más débil en cada uno de estos sectores sociales). Es, en todo caso, una *protección conflictual* y no una *protección sustancial*: las concretas normas protectoras se encontrarán en la correspondiente *lex causae*. *Ejemplo*: El art. 6 Reg. Roma I presume, aunque admite prueba en contrario, que la elección de ley en un contrato internacional de consumo tiene como finalidad privar al consumidor de los beneficios que le atribuyen las normas imperativas del país en que tiene su residencia habitual (considerando 1 Reg. Roma I): sólo admite, por tanto, la autonomía de la voluntad conflictual, cuando ésta no perjudica a los derechos reconocidos en las disposiciones legislativas de su Estado de residencia habitual²⁰⁰.

¹⁹⁷ A. FERRER CORREIA, “La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais”, en *Droit international et droit communautaire*, Paris, 1991, pp. 97-133; B. VON HOFFMANN, “Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen”, *Rabels Z.*, 1974, pp. 396-420; M. KELLER, “Schutz des Schwächeren im internationalen Vertragsrecht”, en *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*, Zürich, 1983, pp. 175-188; J. KROPHOLLER, “Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei”, *Rabels Z.*, 1978, pp. 634-661; F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflit des lois)*, Bruxelles, 1995; P. MAYER, “La protection de la partie faible en droit international privé”, en J. GHESTIN/M. FONTAINE (Dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belge*, Paris, 1966, pp. 513-552; I. PINGEL, “La protection de la partie faible en droit international privé (Du salarié au consommateur)”, *Droit Social*, 1986, pp. 133-139; F. POCAR, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *RCADI*, 1984, vol. 188, pp. 339-418.

¹⁹⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

¹⁹⁹ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 694.

²⁰⁰ Técnicamente, pues, como ha observado P. BERTOLI, “Il ruolo della Corte di giustizia e l’interpretazione del futuro regolamento ‘Roma I’”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento ‘Roma I’*. *Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 9-29, concr. pp. 19-20, no se trata de una *norma de conflicto materialmente orientada*; puesto que no pretende la aplicación de la ley más favorable al consumidor, sino evitar que, mediante el *pactum de lege utenda*, se debilite la posición del consumidor.

Ni el Convenio de Roma de 1980 ni el Reg. Roma I ofrecen una definición de parte débil: aunque, de ordinario, se piensa en el trabajador o el consumidor, la cuestión se plantea también a propósito de los prestatarios, arrendatarios, los avalistas o fiadores ocasionales, el profesional en un contrato de dependencia o, incluso, el asegurado²⁰¹. Pero la ausencia de una definición genérica de la categoría jurídica no impide que el concepto de “parte débil” –al menos de la noción de “parte (o contratante) débil” jurídicamente relevante para esta normativa– se infiera fácilmente de sus textos articulados. El Convenio de Roma de 1980 dispuso reglas particulares para dos tipos de contratos (los contratos celebrados por los consumidores [art. 5] y los contratos individuales de trabajo [art. 6]). Por el contrario, el Reg. Roma I ha previsto soluciones particulares para *cuatro supuestos particulares*: los contratos de transporte (art. 5 Reg. Roma I), los contratos de consumo (art. 6 Reg. Roma I), los contratos de seguro (art. 7 Reg. Roma I) y los contratos individuales de trabajo (art. 8 Reg. Roma I)²⁰².

65. Una de las características de nuestro tiempo es la importancia creciente de los contratos internacionales de consumo concluidos a través de internet (los denominados *contratos B2C*)²⁰³. Con respecto a ellos, deben quedar claras dos cuestiones distintas, aunque relacionadas. Primera: Una vez que comience a aplicarse el Reg. Roma I, la determinación de la ley aplicable a los mismos se realizará conforme al art. 6 Reg. Roma I. Existen buenas razones para ello: Ni la Directiva comunitaria sobre comercio electrónico en el Mercado interior (art. 1.4 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 junio 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el Mercado interior [Directiva sobre el comercio electrónico], DO L 178 de 17 julio 2000) ni las Directivas comunitarias sobre protección de consumidores ni la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico ([art. 26 LSSI], BOE nº 166 de 12 julio 2002 y corr. errores BOE nº 187 de 6 agosto 2002) regulan la cuestión de la ley aplicable a los contratos B2C (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²⁰⁴. Segunda: Pese a su importancia, ni el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ni su heredero, el Reg. Roma I, contienen normas de conflicto específicas para los contratos B2C.

2. Ámbito de aplicación del art. 6 Reg. Roma I.

66. En dicho precepto se define a este *tipo de contrato* como “el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (‘el consumidor’) con otra persona (‘el profesional’) que actúe en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, siempre que el profesional: /a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o /b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera incluido en el ámbito de dichas actividades” (art. 6.1 Reg. Roma I).

Cuando no se reúnan estos requisitos, la ley aplicable se determinará conforme a las reglas generales del Reg. Roma I (arts. 3 y 4) (art. 6.4 Reg. Roma I). En definitiva, la norma de conflicto especial para los contratos internacionales de consumidores sólo regula aquellos contratos que reúnen ciertas *condiciones*, que la mejor doctrina, considera *subjetivas, materiales y espaciales* (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²⁰⁵. Faltando cualquiera de ellas, la cuestión de la determinación de la ley aplicable al contrato internacional se resuelve conforme a las normas de conflicto generales del Reg. Roma I.

A) Condiciones subjetivas.

67. El art. 6.1 Reg. Roma I fija el *ámbito subjetivo o personal de aplicación* del régimen especial

²⁰¹ Vid. H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 30.

²⁰² Vid. O. BOSKOVIC, “La protection de la partie faible dans le règlement ‘Rome I’”, *D.*, 2008, pp. 2175-2179.

²⁰³ Sobre las diversas modalidades de la contratación internacional *on line*, incluidos los contratos B2C, *vid., per omnia*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Internet”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª ed., Granada, 2008, pp. 749-799 y bibliografía allí indicada.

²⁰⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

²⁰⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

para los contratos internacionales de consumidores (*personal scope of application, persönlicher Anwendungsbereich*): Determina así cuáles son los contratos de consumidores que se someten a la norma especial para este tipo de contratos y no a las normas generales para los demás contratos dispuestas por el Reg. Roma I. Para ello, sigue el camino trazado por el art. 15.1 del Reglamento 44/2001 y la jurisprudencia comunitaria dictada en su aplicación²⁰⁶. Es perfectamente coherente con ellos: El art. 6.1 Reg. Roma I sólo es aplicable a los contratos entre consumidores y empresarios (= *Anwendbarkeit auf Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern*) (*ad ex.*, S. LEIBLE/M. LEHMANN, D. SOLOMON)²⁰⁷. En cualquier caso, aclara importantes cuestiones. Cuatro de ellas tienen que ver con la figura del consumidor. Otra se refiere a la figura del profesional que contrata con el consumidor:

68. 1ª) El consumidor (*consumer, consommateur, Verbraucher*) es, en todo caso, una “persona física”²⁰⁸. Esta solución del Reg. Roma I al viejo problema del ámbito subjetivo de la noción de consumidor viene avalada por dos ideas fundamentales. Primera: La noción de consumidor empleada por el art. 6.1 Reg. Roma I no es esencialmente distinta de la utilizada por las Directivas comunitarias dictadas en protección del consumidor: las instituciones comunitarias podrán ser muchas cosas, pero no tildadas de “jurídicamente esquizofrénicas”. Dicho con otros términos, existía ya un precedente en este sentido: la STJCE 22 noviembre 2001, *Cape Snc y OMAI Srl*, C-541/99 y C-542/99, *Rec.*, p. I-9049, apartados 16 y 17, declaró que la noción de consumidor, tal como era definida por la Directiva 93/13/CEE, debía ser interpretada en el sentido de que se refería exclusivamente a las persona físicas (= una sociedad, en el caso de que se trataba, no podía ser considerada un consumidor)²⁰⁹. Segunda: La orientación acogida por el propio TJCE y las instituciones comunitarias acoge la idea –como ha subrayado G. PIZZOLANTE– de que “la diversificación entre actividades profesionales y extraprofesionales sólo puede tener sentido con referencia a las personas físicas, dada la imposibilidad en *re ipsa* de que una persona jurídica obre para fines no vinculados a su propio estatuto”²¹⁰.

No cabe invocar el régimen jurídico previsto para los consumidores a favor de las pequeñas y medianas empresas. *Ejemplo*: en el pasado, la jurisprudencia francesa admitió que se aplicase la Ley de 10 enero 1978 sobre la protección e información de los consumidores de productos y servicios a una sociedad, que ejercía actividades económicas como agencia inmobiliaria, que contrató un sistema de alarma destinado a proteger sus locales (sentencia de la Corte de casación de 28 abril 1987)²¹¹. Esta interpretación iría contra el tenor literal del art. 6.1 Reg. Roma I, que se refiere a los contratos de consumo como contratos celebrados “por una persona física”. Tampoco cabe la analogía; puesto que se trata de una disposición especial dentro del sistema previsto por el Reg. Roma I y las disposiciones jurídicas de esta naturaleza deben interpretarse siempre con carácter restrictivo. Por consiguiente, dado que las personas

²⁰⁶ Se trata de la STJCE 21 junio 1978, *Bertrand/Ott*, C-150/77; STJCE 19 enero 1993, *Shearson Lehman Hutton/T.V.B.*, C-89/91; STJCE 15 septiembre 1994, *Wolfgang Brenner y otros/Dean Witter Reynolds Inc.*, C-318/93; STJCE 3 julio 1997, *F. Benincasa y Dentalkit s.r.l.*, C-269/95; STJCE 27 abril 1999, *Hans-Hermann Mietz/ Intership Yachting Sneek BV.*, C-99/96; STJCE 11 julio 2002, *Rudolf Gabriell*, C-96/00; STJCE 20 enero 2005, *Johann Gruber/Bay Wa AG*, C-464/01. *Vid.*, *per omnia*, P.A. NIELSEN, “Article 15”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels I Regulation*, München, 2007, pp. 306-319.

²⁰⁷ S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 528-544, *concr.* pp. 536-537; D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, pp. 93-94.

²⁰⁸ *Vid.*, *ad ex.*, F. DENKINGER, *Der Verbraucherbegriff: eine Analyse persönlicher Geltungsbereiche von verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften in Europa*, Berlin, 2007; E.H. HONDIUS, “The notion of consumer: European Union versus Member States”, *The Sidney Law Review*, 28, 1, 2006, pp. 89-98; D. MARTINY, “Verbraucherverträge”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 645-703, *concr.* pp. 662-664; M.L. ULTSCH, *Der einheitliche Verbraucherbegriff: §§ 13, 14 BGB: nationale Vereinheitlichung im Lichte europäischer Vorgaben*, Baden-Baden, 2006; K.-U. WIEDENMANN, *Verbraucherleitbilder und Verbraucherbegriff im deutschen und europäischen Privatrecht: eine Untersuchung zur Störung der Vertragsparität im Verbraucher-Unternehmer-Verhältnis und den Instrumenten zu deren Kompensation*, Frankfurt am Main, 2004.

²⁰⁹ *Vid.* JCP, G, 2002, II, p. 10047, con nota de G. PAISANT, y D., 2002, p. 2929, con nota de J.-P. PIZZIO.

²¹⁰ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 3, nota 16.

²¹¹ *Rev.trim.dr.civ.*, 1987, p. 537, con nota de J. MESTRE.

jurídicas no pueden ser consumidores, los contratos concluidos entre un profesional (persona física o jurídica) y una persona jurídica a la que ofrece sus bienes o servicios están excluidos del art. 6 Reg. Roma I (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²¹².

La solución finalmente acogida por el Reg. Roma I no gustará a los que, durante todos estos años, han denunciado que las personas jurídicas se pueden encontrar en una situación de debilidad contractual muy semejante a la de las personas físicas, ya se trate de pequeñas y medianas empresas o de organizaciones sin ánimo de lucro como, *ad ex.*, fundaciones, asociaciones y ONGs²¹³. En palabras de una prestigiosa jurista italiana, “[I]a definición de consumidor interpretada en los términos indicados comporta la negativa consecuencia de que la aplicación de las normas protectoras contemple sólo el último eslabón de la cadena económica, dejando privados de tutela a los sujetos operantes en los estadios precedentes” (G. PIZZOLANTE)²¹⁴.

69. 2ª) Para que dicha persona física sea considerada consumidor, debe obrar fuera de su marco profesional: concluye el contrato “para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional” –expresión tomada del art. 5.1 del Convenio de Roma de 1980–. *Ejemplo 1*: No se considera consumidor al médico que adquiere un ordenador para su consulta; mientras que sí lo será si lo adquiere para su domicilio privado²¹⁵. *Ejemplo 2*: Es un consumidor el médico que confía a un agente autorizado la conclusión de contratos bursátiles (sentencia OLG Düsseldorf 26 mayo 1995)²¹⁶. La precisión es importante; porque aclara varios datos: a) Este requisito –como ha puesto de relieve G. PIZZOLANTE– no se confunde con la intención del consumidor, sino que equivale al uso y al destino al que, de ordinario, está predisposto: para ello, deberá analizarse el tipo de acto realizado, las circunstancias concretas que lo han acompañado y el bien objeto del acto²¹⁷. b) El contrato no será un contrato internacional de consumo si se celebra para atender necesidades profesionales; aunque quien lo concluya no esté familiarizado con el objeto del mismo²¹⁸. Es éste un supuesto al que algún autor se refiere como el del *falso consumidor* (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²¹⁹. c) Obsérvese que, tal como está redactado el art. 6.1 Reg. Roma I, el consumidor es la contraparte contractual del profesional y no el potencial usuario de los bienes o servicios adquiridos que no haya participado directamente en la conclusión del negocio ni los destinatarios de los efectos de tal contrato (familiares, convivientes, empleados domésticos): El Reglamento se aleja así de la jurisprudencia comunitaria, según la cual el consumidor final no es necesariamente aquel

²¹² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa. Digamos que “contratante débil” es sólo aquel, como el consumidor o el trabajador, al que el Reg. Roma I reconoce la condición de tal. Por tanto, una persona jurídica, aunque sea una empresa de menos de 10 trabajadores, no puede ser legalmente “consumidor” a los efectos del art. 6 Reg. Roma I. Todo lo anterior no empece el hecho de que, en el comercio internacional, contraten empresas con intereses contrapuestos y con grandes diferencias de poder económico. Por eso se entiende la preocupación de algunos autores, en particular ante la amplitud con que está reconocida la autonomía conflictual (art. 3 Reg. Roma I), por proteger a esas pequeñas empresas, a la parte más débil. Al servicio de esta causa, hay disponibles dos vías. Primera: Un expediente torpe y simplista, propio de un *jurista kamikaze*, dispuesto no sólo a suicidarse profesionalmente, acabando con la poca reputación profesional que pueda tener y llevando a su cliente al sacrificio: considerar “consumidor”, pese a los argumentos anteriormente apuntados, a estas pequeñas empresas a efectos del art. 6 Reg. Roma I. Segunda: apurar los mecanismos que se encuentran en el propio Reg. Roma I (localización de los elementos del contrato en distintos Estados miembros, normas materiales imperativas, normas de conflicto especiales) para construir un cierto *principio tuitivo* que proteja, *ad ex.*, al distribuidor frente al principal o fabricante. Ésta es la vía seguida, con gran finura jurídica, por H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 19-35.

²¹³ *Vid.*, *ad ex.*, A. DURÁN AYAGO, *Protección de las PYMES en el comercio internacional: propuestas de regulación*, Barcelona, 2008; G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 3.

²¹⁴ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 3.

²¹⁵ S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable...”, pp. 41-69, *concr.* p. 63.

²¹⁶ *RIW*, 1995, p. 769.

²¹⁷ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 4.

²¹⁸ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 695.

²¹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

que ha adquirido el producto (STJCE 12 octubre 1995, *Piageme/Peeters*, C-85/94, *Rec.*, p. I-2955, apartado 25; STJCE 14 julio 1998, *Goerres*, C-385/96, *Rec.*, p. I-4431, apartado 24)(G. PIZZOLANTE)²²⁰.

70. 3ª) Es indiferente, por el contrario, que el consumidor al que se refiere el art. 6.1 Reg. Roma I tenga su residencia habitual dentro o fuera de la UE: es una norma de conflicto bilateral independiente de donde tenga su residencia habitual el consumidor (D. SOLOMON)²²¹.

En efecto, al afirmar el art. 5.1 de la Propuesta de la Comisión que los contratos de consumo “se regirán por la *ley del Estado miembro* en que el consumidor tenga su residencia habitual”, era evidente que estaba pensado en el consumidor con residencia habitual en un Estado comunitario. Esta exigencia servía tanto para formular una condición de aplicabilidad del supuesto de hecho como para formular el punto de conexión. Desde el punto de vista técnico, el art. 5.1 de la Propuesta de la Comisión era una *norma de conflicto bilateral incompleta* o, lo que es lo mismo, una *norma de conflicto multilateral incompleta*: “Habría podido remitir al derecho de muchos Estados, pero sólo a aquellos que fuesen miembros del Reglamento” (S. LEIBLE)²²². *Ejemplo*: De acuerdo con los criterios generales del Reg. Roma I, si un consumidor con residencia habitual en Turquía hubiera contratado con una empresa alemana, Quelle, a través de la página www.quelle.de, la consuecencia hubiera sido, por un lado, la inaplicabilidad de la norma de conflicto especial para los contratos internacionales de consumidores y, por otro, la licitud de una elección del Derecho aplicable al contrato, sin limitación alguna, o, en su defecto, la aplicación de la ley del vendedor (arts. 3 y 4 Reg. Roma I)²²³.

En contra del art. 5.1 de la Propuesta de la Comisión y de los resultados a los que conducía, la doctrina defendió su conversión en una *norma de conflicto bilateral perfecta* –que, como finalmente ha ocurrido, prescindiese de la exigencia de que la residencia habitual del consumidor fuese intracomunitaria– y, para ello, formuló *varias críticas* (K. BITTERICH, E.-M. KIENINGER, P. LAGARDE, S. LEIBLE, O. LANDO/P.A. NIELSEN, P. MANKOWSKI, D. SOLOMON): a) No era coherente con el Reg. Roma I, que es una normativa *erga omnes* (= designa la ley aplicable, aunque sea la de un tercer Estado). b) La norma de conflicto especial para contratos de trabajo (otro supuesto con una parte contractual débil) operaba aunque el lugar de cumplimiento del contrato estuviese dentro o fuera del territorio de la UE –lo que, como es obvio, sembraba la duda de la razón para que los contratos con consumidores fuesen una excepción–. c) En realidad, existía la sospecha de que se trataba de un *error importado (Fehlimport)* (P. MANKOWSKI) del art. 16 del Reg. 44/2001, que presupone que el consumidor tiene su residencia habitual en un Estado miembro; pero lo que puede tener sentido en una norma de competencia judicial internacional, en cambio, puede carecer de él, tratándose de una norma de competencia legislativa²²⁴. d) Olvidaba que el consumidor es una parte contractualmente débil, necesitada de protección por una norma de conflicto bilateral, al margen de cuál sea el país de su residencia habitual²²⁵. Con su desaparición del texto del Reg. Roma I finalmente aprobado, luce con claridad meridiana la idea de que la norma de conflicto especial para los contratos concluidos por consumidores protege a éstos, aunque tengan su residencia habitual en un Estado extracomunitario (G. PIZZOLANTE)²²⁶. Dicho con otros términos, ha desaparecido del

²²⁰ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 3.

²²¹ D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, p. 94.

²²² S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, p. 19.

²²³ S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, p. 19.

²²⁴ P. MANKOWSKI, “Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung”, *IPRax*, 2006, 2, pp. 101-114, concr. p. 106.

²²⁵ Sobre todos estos argumentos, *vid.*, *ad ex.*, K. BITTERICH, “Kollisionsrechtliche Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Schutzstandards im Bereich des Verbraucherschutzes: Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung”, *RIW*, 2006, pp. 262-270, concr. p. 267; E.-M. KIENINGER, “Der Rom I-Vorschlag: Eine geglückte Reform des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens?”, *ZEuP*, 2007, pp. 22-27, concr. p. 26; P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, pp. 331-349, concr. p. 342; S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, pp. 19-20; O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Proposal”, *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 29-51, concr. p. 40; P. MANKOWSKI, “Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung: Revolution im Internationalen Verbrauchervertragsrecht?”, *ZVglRW*, 2006, pp. 120-163, concr. pp. 160 y ss.; D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, pp. 94-96.

²²⁶ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 2.

texto finalmente aprobado lo que no era más que una exigencia de “eurocentrismo injustificado” (*eurocentrisme injustifié*) (H. KENFACK)²²⁷.

71. 4ª) Al igual que la *mujer del César* no sólo debe ser honesta, sino también parecerlo, el consumidor no sólo debe serlo, para beneficiarse del art. 6 Reg. Roma I, sino que tiene que parecerlo: el contrato debe haberse celebrado para un uso “que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional” (= reconocibilidad por el profesional o empresario [*Erkennbarkeit für den Unternehmer*]) (D. SOLOMON)²²⁸. Es éste un supuesto distinto al anterior. Se trata de la hipótesis del *consumidor oculto* (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²²⁹. Ésta queda excluida del art. 6 Reg. Roma I mediante una *cláusula de protección* (*Schutzklausel*) (P. MANKOWSKI)²³⁰. Dicha cláusula es semejante a la que emplea el art. 120 de la Ley federal suiza sobre el DIPr. de 18 diciembre 1987. *Justificación*: No es razonable exigirle al profesional que contrata con un consumidor que se ajuste a la normativa específica para éste, si la parte contractualmente más débil se presenta ante los demás como si fuera un empresario o profesional. Es razonable, en cambio, exigirle que, si se presenta con una falsa apariencia en el tráfico jurídico, se atenga a sus consecuencias.

72. Un problema que se puede presentar en la práctica es el de los denominados *actos mixtos, contratos mixtos o contratos con doble finalidad* (*mixed contracts*) (P. MANKOWSKI)²³¹. Cabe, en efecto, preguntarse cuál es el régimen jurídico al que deberán someterse aquellos contratos que se celebren para satisfacer tanto necesidades profesionales como personales: si el régimen general previsto para los contratos internacionales (arts. 3 y 4 Reg. Roma I) o si el régimen especial dispuesto para los contratos internacionales de consumidores (art. 6 Reg. Roma I). No es, en absoluto, un problema nuevo: a) Ya la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 abril 1980, que excluye de su ámbito de aplicación a las compraventas de consumidores, resolvió dicho problema, señalando que sus disposiciones no se aplicarían a las compraventas “de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso” (art. 2, letra a), Convención de Viena de 1980). b) En el ámbito de la competencia judicial internacional, la jurisprudencia comunitaria considera que tales contratos son contratos concluidos por consumidores salvo que el uso profesional resulte absolutamente marginal e insignificante en el contexto global de la operación²³². Por consiguiente, en tanto no se encuentre un criterio interpretativo mejor, cabrá entender que el criterio determinante para resolver la cuestión será la finalidad principal a la que se destine el bien adquirido. En la práctica, desde el punto de vista probatorio, puede ser decisivo el modo en que el adquirente del bien o el beneficiario del servicio se dirija al vendedor o proveedor. *Ejemplo 1*: Quien adquiera un ordenador para uso familiar y también profesional en un pequeño negocio no podrá invocar la protección del art. 6 Reg. Roma I, si presentó una solicitud a un distribuidor en papel parcialmente impreso con los datos profesionales de su empresa²³³. *Ejemplo 2*: El farmacéutico que adquiera un automóvil para uso particular y/o profesional (servicio a domicilio de medicamentos) no podrá beneficiarse de las ventajas reconocidas a los consumidores, si al distribuidor le exigió, al tiempo de conclusión del contrato, las ventajas privativas de los industriales (*ad ex.*, Plan Renove Industrial).

Desde otra perspectiva de examen, la jurista italiana G. PIZZOLANTE ha defendido esta misma conclusión: Por un lado, ha recordado que los bienes objeto del contrato pueden ser de tres tipos: bienes instrumentales a la actividad comercial o profesional, bienes necesariamente de consumo y bienes promiscuos (= aquellos que pueden ser utilizados o no con fines estrictamente comerciales o profesionales); por otro, ha subrayado que la expresión “uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o pro-

²²⁷ Vid. H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 31, nota 126.

²²⁸ D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, pp. 102-103.

²²⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

²³⁰ Claramente a favor de esta cláusula, P. MANKOWSKI, “Art. 5 des Vorschlags...”, pp. 120-163, concr. pp. 136-139.

²³¹ P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 139.

²³² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª ed., Granada, 2008, p. 564.

²³³ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 695.

fesional” no significa que el destino del bien objeto del contrato sea *exclusivamente* el de un uso personal o familiar (= *zona límite* serían los actos realizados por el consumidor persona física en parte con fines profesionales o empresariales y en parte con fines personales o familiares, que deberían calificarse *a posteriori* que incluiría en la normativa proteccionista los contratos en que fuese prevalente el “uso no profesional”)²³⁴.

73. 4ª) Para que exista un contrato de consumo, a efectos del art. 6 Reg. Roma I, es necesario que el consumidor contrate con un “profesional” que, además, debe obrar “en el ejercicio de su actividad comercial o profesional”: un contrato internacional celebrado entre particulares (*ad ex.*, la venta de un automóvil de segunda mano) no es subsumible en el art. 6 Reg. Roma I, dado que no cabe presumir que ninguno de los contratantes sea una “parte débil” con respecto al otro. Otra cosa sería si hubiese un “profesional”. Dado que se trata de una expresión utilizada por una norma jurídica comunitaria para definir a uno de los dos sujetos de la relación jurídica obligacional y que su significado podría variar según el Estado miembro de que se trate, debiera considerarse un *concepto propio* del Reg. Roma I²³⁵. Como consecuencia de ello, debiera interpretarse de manera uniforme y no conforme al significado que pueda tener en una concreta legislación estatal (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²³⁶. Por otra parte, el art. 6 Reg. Roma I no exige, para que se considere un profesional que ejerce una actividad comercial o profesional, ni que se trate de una persona jurídica ni que esté inscrito en ningún Registro público de comerciantes o sociedades. Como consecuencia de todo ello, “debe considerarse ‘profesional’ tanto a la persona física como a la jurídica, sea pública o privada, que utiliza el contrato en el ejercicio de su actividad comercial o profesional” (G. PIZZOLANTE)²³⁷.

El hecho de que el profesional debe obrar “en el ejercicio de su actividad comercial o profesional” supone que debe existir un “nexo de causalidad entre la actividad del profesional dirigida hacia el Estado del consumidor y el contrato concluido entre este profesional y el consumidor” (P. LAGARDE)²³⁸. *Ejemplo*: Un portugués con residencia habitual en Portugal que se traslade a Madrid para comprar en un establecimiento de *El Corte Inglés* no puede pretender que se le aplique la ley de su país de origen por el mero hecho de que la empresa española tenga allí una filial que vende los mismos productos²³⁹.

74. Como consecuencia de todo lo anterior, caen bajo el ámbito de aplicación del art. 6 Reg. Roma I sólo los contratos entre empresas y consumidores –poco importa, a estos efectos, que la iniciativa económica u oferta corresponda a la empresas (B2C) o, algo mucho menos frecuente, al consumidor (C2B)–; mientras que, por el contrario, escapan a su ámbito de aplicación los contratos entre consumidores (C2B): Se trata de una regulación “nada espectacular, pero, sin duda, llena de sentido” (D. SOLOMON)²⁴⁰.

B) Condiciones objetivas.

75. El Convenio de Roma de 1980 sólo consideraba contratos celebrados por los consumidores los que tuviesen “por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios [...], así como a

²³⁴ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 4.

²³⁵ Sobre la distinción entre *conceptos propios, amplios, compartidos y externos* a efectos de calificación, así como la calificación de los términos empleados por Convenios o, en general, instrumentos internacionales, *vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 9ª ed., Granada, 2008, pp. 261-264 y 269-271.

²³⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

²³⁷ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 4.

²³⁸ P. LAGARDE/A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 97, 4, 2008, pp. 727-780, *concr.* p. 744.

²³⁹ El ejemplo es de F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, profesor español y miembro de la delegación española que negoció el texto del Reg. Roma I. Así lo reconocen los profesores que utilizan este ejemplo: P. MANKOWSKI, “Muss zwischen ausgerichteter Tätigkeit und konkretem Vertrag bei Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO ein Zusammenhang bestehen?”, *IPRax*, 2008, pp. 333-339, *concr.* pp. 336-337, y P. LAGARDE/A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 97, 4, 2008, pp. 727-780, *concr.* pp. 745-746.

²⁴⁰ D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, p. 94.

los contratos destinados a la financiación de tales suministros” (art. 5.1 Convenio de Roma de 1980) (*contracts for the supply of goods and services*). El Convenio de Roma, por tanto, partía de un *principio minimalista*: Se establecía un régimen especial para protección del consumidor que se circunscribía a un “catálogo cerrado de contratos” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²⁴¹. Esto suponía, en la práctica, la exclusión del art. 5.1 del Convenio de Roma de importantes contratos internacionales de consumidores como los contratos de *time-sharing*, que tienen bienes inmuebles por objeto, o de licencia o venta de *copyright*, cuyo objeto es un bien inmaterial.

76. El Reg. Roma I ha renunciado a esta definición, sin dejar de mantener un régimen especial para proteger a los consumidores en la contratación internacional. En su lugar, el art. 6 Reg. Roma I parte de un *principio maximalista*: El art. 6 Reg. Roma I regula, básicamente, todo contrato internacional entre una empresa o profesional y un consumidor (*material scope of application, sachlicher Anwendungsreich*) (= *in principle all kinds of contracts*)²⁴². Se trata del “cambio más importante y más sustancial” que se ha realizado con respecto a la clase de contratos cubiertos por el art. 6 Reg. Roma I (P. MANKOWSKI)²⁴³. Contratos como el de *time-sharing* o de licencia o venta de *copyright*, por consiguiente, están comprendidos, en la actualidad, en su ámbito material de aplicación. Tratándose de comercio electrónico, se cuestionó si el art. 5 del Convenio de Roma de 1980 se refería exclusivamente a la adquisición de software, libros, música o películas en disquetes, CDs o DVDs o si también abarcaba dicha adquisición cuando se realizaba a través de descarga directa: gracias al Reg. Roma I, luce con claridad meridiana la idea de que la normativa de protección de consumidores se aplica a todos los supuestos anteriores y resulta, por tanto, indiferente si el consumidor adquiere un disquete, CD o DVD o copia directamente el software, libro, música o película adquiridos al disco duro de su ordenador (S. LEIBLE/M. LEHMANN)²⁴⁴. Por último, con el art. 6 Reg. Roma I, carece de sentido la discusión de si éste protege a los consumidores cuando concluyen contratos que tienen por objeto un préstamo sin un propósito financiero definido (los denominados *independent loans*), la financiación de la adquisición de bienes inmuebles, un crédito al consumo o una licencia sobre derechos de propiedad industrial o comercial²⁴⁵.

77. De este régimen jurídico especial para contratos internacionales de consumo están excluidos algunos contratos, pese a que se refieren a las relaciones entre un consumidor y un profesional (art. 6.4 Reg. Roma I). Los contratos excluidos se someten al régimen general previsto por el Reg. Roma I (en particular, los arts. 3, 4 y 9) o bien a un régimen jurídico especial que no se encuentra en el Reglamento. El art. 6.4 Reg. Roma I dispone *cinco excepciones*: sólo las dos primeras existían ya en el Convenio de Roma de 1980; las otras tres son nuevas (O. LANDO/P.A. NIELSEN)²⁴⁶. Se trata de los siguientes tipos de contratos:

78. 1º) Los contratos de prestación de servicios, cuando deban prestarse al consumidor exclusivamente en un país distinto de su residencia habitual (art. 6.4, letra a), Reg. Roma I) (*supply of services exclusively in another country than in which the consumer has his habitual residence, Ausnahme reiner Auslandsdienstleistungen*) (P. MANKOWSKI, D. SOLOMON)²⁴⁷. Queda así excluido de la protección al consumidor el viajero que contrata en su país, antes de un viaje al extranjero, el hotel y otras prestaciones (excursiones), el estudiante que contrata un curso de enseñanza de idiomas en el extranjero o el deportista que concluye un contrato relativo a actividades de ocio, como el buceo o el alpinismo (B. AUDIT, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²⁴⁸.

²⁴¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

²⁴² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión, Bruselas, 15 diciembre 2005, COM (2005) 650 final. *Vid.* S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 528-544, conctr. p. 537; D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, pp. 96-97.

²⁴³ P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 123.

²⁴⁴ S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (“Rom I”)”, *RIW*, 8, 2008, pp. 528-544, conctr. p. 537.

²⁴⁵ *Vid.* P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, pp. 123-125 y bibliografía allí indicada.

²⁴⁶ O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, conctr. pp. 1709-1710.

²⁴⁷ P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, pp. 156-158; D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, pp. 103-105.

²⁴⁸ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 695; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

La exclusión de este tipo de contratos se explica por la concurrencia de dos causas (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ): a') Son contratos que se ejecutan íntegramente en el territorio de un Estado que no es el de la residencia habitual del consumidor. En muchos casos, es, además, el país en el que se encuentra la sede del profesional. El hecho de que la conclusión del contrato pueda haber sido precedida por el lanzamiento de publicidad en el país originario del consumidor no altera la naturaleza de las cosas; b') Con este tipo de contratos, las empresas atienden a clientes de muchos y muy diferentes países. Admitir que se pudiera aplicarles la legislación del Estado de residencia habitual de cada uno de ellos supondría que las empresas tendrían que desplegar un esfuerzo enorme para informarse del contenido de todos esos ordenamientos jurídicos y esto incrementaría enormemente los costes de dichas empresas. Dado que lo repercutirían anticipadamente sobre el precio cobrado al consumidor, éste, a la postre, saldría perjudicado²⁴⁹. Por otra parte, concluyendo el mismo contrato, los diferentes consumidores gozarían de un régimen no uniforme de protección: ésta dependería del Estado de su residencia habitual. Ninguna de estas dos consecuencias parece deseable²⁵⁰.

Como resultado de la exclusión del art. 6 Reg. Roma I, a estos contratos se les aplican las normas generales: en consecuencia, se verán sometidos a la ley elegida por las partes (art. 3 Reg. Roma I) y, en su defecto, a la ley del Estado de residencia habitual del profesional (art. 4 Reg. Roma I). Como existe la posibilidad de que el empresario imponga al consumidor una ley mucho más favorable a sus intereses, un sector de la doctrina se ha apresurado a sugerir la conveniencia de que, a través de un desarrollo judicial del art. 6 Reg. Roma I, en este tipo de contratos, se considere que la ley competente no puede ser otra que la del Estado donde se prestan íntegramente los servicios (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²⁵¹.

79. 2º) Los contratos de transporte distintos de los viajes combinados (en el sentido de la Directiva 90/314/CEE del Consejo de 13 junio 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados) (art. 6.4, letra b], Reg. Roma I) (*contracts of carriage other than package travel, Ausnahme von Beförderungsverträgen*) (P. MANKOWSKI, D. SOLOMON)²⁵². Según este criterio, los viajes combinados (*package tours*) se regirían por el art. 6 Reg. Roma I: la protección dispensada a los contratos internacionales de consumidores alcanzaría a contratos en los que, a cambio de un precio global, se ofrecen servicios de transporte y alojamiento. Por el contrario, quedarían fuera los contratos de transporte de los que se ocupa el art. 5 Reg. Roma I²⁵³.

80. 3º) Los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (conforme a la Directiva 94/47/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 octubre 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido) (art. 6.4, letra c], Reg. Roma I) (*tenancy agreements, contracts relating to a right in rem in immovable property, Ausnahme von Immobilienverträgen*) (P. MANKOWSKI, D. SOLOMON)²⁵⁴. Según este criterio, están excluidos del art. 6 Reg. Roma I tres tipos de contratos cuyo objeto es un bien inmueble, con independencia de si su finalidad es personal o profesional: las compraventas de bienes inmuebles, los arrendamientos de bienes inmuebles (sean de corta o larga duración) y los contratos de garantía sobre bienes inmuebles (*ad ex.*, de constitución de hipoteca) (considerando 27 Reg. Roma I). La *ratio* de la exclusión es doble: a') *Económico-jurídica*: Son contratos que presuponen un importante poder adquisitivo por parte de un comprador que no necesita de una especial protección. b') *Conflictual*: Tales contratos se

²⁴⁹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

²⁵⁰ No obstante, en contra de esta excepción, *vid., ad ex.*, S. LEIBLE, "Mercado interior, comercio electrónico...", *concr.* pp. 17-18.

²⁵¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

²⁵² P. MANKOWSKI, "Consumer Contracts under Article 6", pp. 153-155; D. SOLOMON, "Verbraucherverträge", pp. 97-98.

²⁵³ En contra de esta excepción, *vid., ad ex.*, S. LEIBLE, "Mercado interior, comercio electrónico...", *concr.* p. 17.

²⁵⁴ P. MANKOWSKI, "Consumer Contracts under Article 6", pp. 143-149; D. SOLOMON, "Verbraucherverträge", pp. 98-101.

rigen por la ley elegida por las partes (art. 3 Reg. Roma I) o, en su defecto, por la *lex rei sitae* (art. 4.1, letra c], Reg. Roma I). En ninguno de ambos supuestos, se produce la aplicación de una ley imprevisible que pueda sorprender al consumidor (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²⁵⁵. Por el contrario, de la protección especial dispensada a los consumidores por el art. 6 Reg. Roma I se benefician los contratos de *time-sharing*, tal como son definidos por la Directiva 94/47/CE, con independencia del país en el que se encuentre el bien inmueble²⁵⁶. Existe una buena razón: esta Directiva comunitaria protege el consumidor, siempre que el inmueble esté en territorio comunitario²⁵⁷. En la República Federal de Alemania, alguna decisión judicial en la misma línea, consideró que el Convenio de Roma de 1980 era inaplicable, cuando el bien inmueble objeto de multipropiedad se hallaba fuera del territorio comunitario (sentencia BGH 19 marzo 1997)²⁵⁸.

81. 4º) Están también excluidos, en la medida en que no integren la prestación de un servicio financiero, los “derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisiciones de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva” (art. 6.4, letra d], Reg. Roma I) (*financial contracts*) (P. LAGARDE/A. TENENBAUM, P. MANKOWSKI)²⁵⁹. En definitiva, con una redacción demasiado prolija, la exclusión del art. 6 Reg. Roma I se refiere a los contratos sobre adquisición de valores negociables mediante OPA y a contratos relativos a participaciones en organismos de inversión colectiva. Dicho, con otros términos, la excepción se refiere a cualquier clase de valor mobiliario, con excepción de los que constituyen medios de pago, susceptible de ser negociado en los mercados de capitales²⁶⁰. Para entender correctamente el *sentido y alcance de la exclusión*, deben tenerse claras estas dos ideas:

1ª) Los servicios financieros, que son prestados por un profesional a un consumidor, entran en el ámbito material de aplicación del art. 6 Reg. Roma I: “A efectos del presente Reglamento, los servicios financieros como servicios y actividades de inversión y servicios accesorios prestados por un profesional a un consumidor, según se menciona en las secciones A y B del anexo I de la Directiva 2004/39/CE y los contratos de venta de participaciones en organismos de inversión colectiva, tengan o no cabida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) [(1) = (1) DO L 375 de 31.12.1985, p. 3. Directiva modificada en último lugar por la Directiva 2008/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 76 de 19.3.2008, p. 42)], deben estar sujetos al artículo 6 del presente Reglamento. En consecuencia, cuando se haga referencia a los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta al

²⁵⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

²⁵⁶ Sentencia BGH de 26 octubre 1993 (*Treuhandgesellschaft* austríaca que administraba un inmueble en régimen de *time-sharing*), *IPRax*, 1994, p. 449 con nota de W. LORENZ, pp. 429-430, y, en contra, sentencia OLG Düsseldorf de 14 enero 1994, *RIW*, 1994, p. 420 con nota de P. MANKOWSKI.

²⁵⁷ *Vid., ad ex.*, M. BOHMER, *Das deutsche internationale Privatrecht des Timesharing*, Tübingen, 1993; M.C. DIAS URBANO DE SOUSA, *Das Timesharing an Ferienimmobilien in der EU: eine rechtvergleichende Studie unter Berücksichtigung der Timesharing-Richtlinie (94/47/EG)*, Baden-Baden, 1998; T. HILDENBRAND/A. KAPPUS/G. MÄSCH, *Time-Sharing und Teilzeit-Wohnrechtsgesetz (TzWrG): Handbuch, Kommentar und Leitentscheidungen*, Stuttgart, 1997; U. KELP, *Time-Sharing-Verträge*, Baden-Baden, 2005. Debe tenerse en cuenta que la directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 enero 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (DOUE L 33 de 3 febrero 2009) deberá ser transpuesta al Derecho de los Estados miembros antes del 23 febrero 2001. Esta nueva Directiva (art. 12) dispone que: 1º) Cuando la legislación aplicable al contrato de *time-sharing* sea la de un Estado miembro, los derechos que la Directiva otorga al consumidor son irrenunciables. 2º) Cuando la legislación aplicable al contrato de *time-sharing* sea la de un tercer Estado, el consumidor tendrá derecho a la protección que le brinde la Directiva, pero tal como haya sido desarrollada por la legislación del foro, en casos vinculados con la UE; es decir, si: a') alguno de los inmuebles está situado en el territorio de un Estado miembro; b') en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades.

²⁵⁸ Texto en *IPRax*, 1998, p. 285, y en *RCDIP*, 1998, pp. 610-631, con nota de P. LAGARDE.

²⁵⁹ *Vid.* P. LAGARDE/A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 97, 4, 2008, pp. 727-780, conr. pp. 748-759; P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, pp. 149-153.

²⁶⁰ *Vid.* M.C. VILLATA, *Gli strumenti finanziari nel diritto internazionale privato*, Padova, 2008.

público o las ofertas públicas de emisión de valores negociables, y a la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, estas referencias deben incluir todos los aspectos que sean vinculantes para el emisor o el oferente, pero no aquellos aspectos relacionados con la prestación de servicios financieros” (considerando 26 Reg. Roma I). Por consiguiente, los contratos relativos a tales servicios se regirán por la autonomía de la voluntad en los términos que veremos más adelante y, en su defecto, por la ley del país de residencia habitual del consumidor o cliente de dichos servicios financieros²⁶¹.

2ª) Los que sí están excluidos del ámbito material de aplicación del art. 6 Reg. Roma I son los contratos sobre adquisición de valores negociables mediante OPA y los contratos relativos a participaciones en organismos de inversión colectiva (valores negociables, futuros, opciones, contratos de permuta financiera [*swaps*] y análogos) (*the so-called MIFID-contracts*) (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, P. LAGARDE/A. TENENBAUM, O. LANDO/P.A. NIELSEN, G. PIZZOLANTE)²⁶². Existe una buena razón para ello: La conexión elegida para los contratos internacionales de consumidores (país de residencia habitual del consumidor) es desafortunada para este tipo de operaciones, en el que resulta necesaria tanto “la uniformidad en los términos y condiciones de una emisión o de una oferta” (considerando 28 Reg. Roma I), que no sería posible, si quedaran sujetas a la ley de residencia habitual de cada uno de los consumidores que suscribiese o adquiriese títulos, como el que “todos los aspectos contractuales importantes de una oferta que sean vinculantes para el emisor o el oferente estén regidos por una ley única” (considerando 29 Reg. Roma I).

Se ha señalado que la distinción rechina en los supuestos en que el consumidor se relaciona directamente con el emisor de valores o con el fondo de inversión: En tales casos, habrá que diferenciar entre la suscripción –que estará excluida del art. 6 Reg. Roma I– y la venta –que sí estará sometida al art. 6 Reg. Roma I–²⁶³.

82. 5º) Por último, están también excluidos los contratos concluidos en el seno de un sistema multilateral de compra y venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros (art. 6.4, letra e], Reg. Roma I)²⁶⁴. Sería, en efecto, inadecuado que la ley del país de residencia habitual del consumidor pudiera interferir “con las normas aplicables a los contratos concluidos en el marco de esos sistemas o con el operador de dichos sistemas” (considerando 28 Reg. Roma I).

C) Condiciones espaciales.

83. Para que el consumidor pueda oponer el régimen protector especial del art. 6 Reg. Roma I, es necesario que, además, la otra parte con la que contrata (“el profesional”) sea una persona que “ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual” (art. 6.1, letra a], Reg. Roma I) o “por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de esas actividades” (art. 6.1, letra b], Reg. Roma I). Se trata de *dos exigencias alternativas* que proceden del art. 15.1, letra c], del Reglamento 44/2001, en el que se alude a “cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por

²⁶¹ Sentencia OLG Düsseldorf de 14 enero 1994 (actividad de un *broker*), *RIW*, 1994, p. 420 con nota de P. MANKOWSKI.

²⁶² Las expresiones inglesas *EU MiFID rules* o *MIFID-contracts* aluden a los mercados de instrumentos financieros (*Markets in Financial Instruments*). Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*; O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, concr. p. 1710; G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, nº 5; L. ZITIELLO, *La MiFID in Italia: la nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti finanziari: l’attuazione della direttiva n. 2004/39, il D. lgs. n. 164/2007, i regolamenti Consob e Banca d’Italia di attuazione, il c. d. terzo livello/ a cura di...*, 2ª ed., Torino, 2009.

²⁶³ S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable...”, pp. 41-69, concr. p. 65.

²⁶⁴ *Vid.*, ad ex., R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl...”, pp. 384-385.

cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviese comprendido en el marco de dichas actividades”²⁶⁵. Este dato no es baladí. Lejos de obedecer a un prurito de erudición, como ha explicado P. MANKOWSKI, tuvo una importancia decisiva ante los intentos de los *grupos de presión (lobbyist)* –en especial, pero no exclusivamente, las empresas comprometidas en el comercio electrónico (un comercio en el que participan empresas tan importantes como Microsoft, Bertelsmann y el Deutsche Bank)– para que no se siguiera la *country of destination rule*: Desde que entró en vigor el art. 15.1, letra c], del Reglamento 44/2001, tales grupos de presión tenían la batalla perdida²⁶⁶.

84. Desde el punto de vista de las *condiciones espaciales de aplicación (territorial scope of application, räumlich-situativer Anwendungsbereich)*, el régimen jurídico establecido por el art. 6.1 Reg. Roma I puede resumirse en las siguientes ideas fundamentales:

1ª) Para ofrecer la protección especial para el consumidor, el art. 6.1 Reg. Roma I, en el fondo, exige que “concurra algún factor que permita ‘localizar’ total o parcialmente la operación de consumo en el ‘Estado de residencia habitual’ del consumidor” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²⁶⁷. Dicho con otros términos, el art. 6.1 Reg. Roma I está diseñado para proteger a un tipo de consumidor: el *consumidor pasivo*. Un consumidor pasivo es aquel al que, en su país, se le dirigen ofertas por parte de empresas y profesionales que o bien operan habitualmente en dicho país, sean o no extranjeros, o bien son empresas y profesionales que, aunque extranjeros, dirigen sus actividades hacia dicho país (*targeted activity criterion*). En estos contratos, la iniciativa corresponde a la empresa o profesional que al realizar la oferta en el país de residencia habitual del consumidor o dirigirla hacia él acepta que desea contratar con consumidores que tienen su residencia habitual en otro país (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)²⁶⁸. Es perfectamente comprensible que se pueda aplicar la ley del país de residencia habitual del consumidor a tales contratos: es una ley previsible, conectada con el caso, que ahorra costes para ambas partes, y que ha sido implícitamente asumida por la empresa o profesional que voluntaria y conscientemente ha optado por operar o dirigir sus actividades hacia consumidores que se encuentran en otros países. Es irrelevante, a estos efectos, que el consumidor sea consciente o no de que la empresa o profesional que le hace una oferta tenga su sede en el extranjero o esté constituida conforme a las leyes de otro país.

2ª) La aplicabilidad del art. 6.1 Reg. Roma I está subordinada al cumplimiento de *dos condiciones cumulativas*: el criterio del *doing business* o del *stream of commerce* en el país de residencia habitual del consumidor y el criterio de que el contrato esté “comprendido en el ámbito de dichas actividades”. El *carácter cumulativo* de ambas condiciones se apoya en el considerando 24 Reg. Roma I.

3ª) El criterio alternativo del *doing business* “ancla” el contrato en el país donde el consumidor vive. La presencia en dicho país de la empresa o profesional que contrata con el consumidor no requiere un determinado grado de arraigo: puede tratarse de una filial, una sucursal, una agencia, una oficina de ventas, un establecimiento temporal o, incluso, un comercial enviado de propósito al país de residencia del consumidor.

4ª) El criterio alternativo al anterior del *stream of commerce* supone que el contrato ha sido posible; porque, con carácter previo, ha habido una “actividad dirigida” al país de residencia habitual del consumidor (considerando 24 Reg. Roma I). El criterio de la orientación de las actividades hacia un Estado procede del art. 15 R. 44/2001. Es aplicable, sobre todo, a los contratos internacionales de consumidores a través de internet; pero también puede aplicarse a contratos mediante anuncios en prensa, llamadas telefónicas, mensajes SMS, e-mails, etc. El Reg. Roma I acoge la *tesis de la focalización*: No basta que los mensajes comerciales de la empresa o profesional puedan ser captados en un país (*ad ex.*, a través de una página web visible en internet) (= el mero hecho de que

²⁶⁵ Una consecuencia práctica de esta filogénesis jurídica es la conveniencia de recurrir a la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión sobre el art. 15 del Reglamento 44/2001, si es que se quiere evitar interpretaciones discordantes de la noción de “actividad dirigida”, según se apliquen normas de competencia judicial internacional o normas de competencia legislativa. El texto de esta Declaración común puede consultarse en http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/justciv_council/justciv_es.pdf.

²⁶⁶ Vid. P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, pp. 125-126.

²⁶⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

²⁶⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

un sitio Internet sea accesible no basta para que el art. 6 Reg. Roma I resulte aplicable [considerando 24 Reg. Roma I]), sino que es preciso que estén “dirigidos” a uno o varios países concretos en que el consumidor tenga su residencia habitual (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, L. RADICATI DI BROZOLO/F. SALERNO)²⁶⁹. Surge, pues, una cuestión interpretativa de gran importancia: cuándo puede considerarse que una actividad comercial está “dirigida” hacia un determinado país. Para contestarla, deben tenerse en cuenta dos datos: a’) El hecho de que, según el considerando 24 Reg. Roma I, “la lengua o divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente”, significa que ni el idioma ni la moneda de pago son por sí mismas, aisladas de cualquier otro elemento, un factor que permita fundar una presunción *iuris et de iure*. *Ejemplo*: El anuncio en inglés de un producto en internet no significa que la empresa anunciante quiera contratar especialmente con los consumidores británicos. b’) Como otras cuestiones de prueba, ésta recaerá sobre el consumidor que invoca la protección especial del art. 6.1 Reg. Roma I y, para ello, podrá apoyarse en un conjunto de indicios, entre los que, además de la moneda o lengua, deben aparecer otros. *Ejemplo*: Si una emisora de televisión por satélite o un servidor de internet situados en Francia emite exclusivamente programas/anuncios en inglés, se refiere, como medio de pago, a la libra esterlina, indica los costes de transporte desde El Havre a puertos ingleses (*shipping and handling*) y anuncia productos que sólo pueden encontrarse en supermercados ingleses, es que quieren “captar”, como clientes, a consumidores británicos.

5^a) El *criterio cumulativo* a cualquiera de los dos anteriores de que el contrato esté “comprendido en el ámbito de dichas actividades” está pensado para proteger a las *empresas multiproductos*. La aplicabilidad del art. 6.1 Reg. Roma I sólo alcanza y, por tanto, protege al consumidor frente a los productos previamente ofertados en su país de residencia habitual. Por el contrario, el art. 6.1 Reg. Roma I no se aplica a los contratos que el consumidor pueda concluir en su propio país de residencia habitual con una empresa que produce diferentes productos, cuando unos hayan sido especialmente ofertados en este país –mediante una “actividad dirigida” al país de residencia habitual del consumidor– y otros no y el contrato se refiera a estos últimos²⁷⁰.

3. Determinación de la ley aplicable al fondo del contrato: Los puntos de conexión.

85. Este tipo de contratos “se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual [...]” (art. 6.1 Reg. Roma I). Existe, sin embargo, la posibilidad de que las partes elijan una ley distinta, a condición de que esta elección no prive al consumidor de la protección brindada por las normas imperativas de la ley que hubiera sido aplicable en defecto de elección (la ley del Estado de residencia habitual del consumidor) (art. 6.2 Reg. Roma I). “La necesidad de proteger al consumidor –se ha apuntado– conduce a relegar la autonomía de la voluntad a segundo plano”²⁷¹. En realidad, lo que se ha hecho es establecer una conexión principal (la autonomía de la voluntad, aunque limitada) y una conexión subsidiaria (el Estado de residencia habitual del consumidor): Concurriendo las condiciones subjetivas, objetivas y espaciales anteriormente expuestas, el contrato internacional de consumo se rige por la ley elegida por las partes, siempre que se cumplan determinados requisitos, y, a falta de dicha elección, por la ley del Estado en el que el consumidor tenga su residencia habitual²⁷².

²⁶⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; L. RADICATI DI BROZOLO/F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I”*. *Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8, conctr. p. 6.

²⁷⁰ En este sentido, *ad ex.*, G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 5.

²⁷¹ S. POILLOT-PERUZZETO, “Le règlement Rome I...”, conctr. p. 8.

²⁷² Quienes, para determinar cuál es la conexión principal y cuál es la subsidiaria, sigan el tenor literal de la norma o crean que, en ella, la autonomía de la voluntad ha sido relegada y no meramente limitada propenderán, sin duda, a alinearse con el sector doctrinal que considera que la conexión principal del art. 6 Reg. Roma I es el país de residencia habitual del consumidor; quienes pensamos que la autonomía de la voluntad sólo ha sido limitada y que, en todo caso, entre varias interpretaciones posibles, hay que preferir la que más armoniza el régimen común de los contratos con los regímenes especiales, nos inclinamos

86. Como ha recordado P. MANKOWSKI, es un hecho indubitado que, durante los trabajos preparatorios del Reg. Roma I, la disposición más acaloradamente discutida del Convenio de Roma de 1980 fue su art. 5 – el consagrado a la protección internacional de los consumidores–: lo acreditan nada menos que ocho propuestas de reforma, susceptibles de combinarse entre sí para formar un número mucho mayor²⁷³. El art. 6.1 Reg. Roma I se ha decantado por una de entre varias posibles soluciones:

1ª) La propuesta de la Comisión disponía que: “Los contratos de consumo en el sentido y en las condiciones previstos en el apartado siguiente se regirán por la ley del Estado miembro en que el consumidor tenga su residencia habitual” (art. 5.1) (= *systematically applying the law of the consumer’s place of residence*)²⁷⁴. Esta propuesta estaba inspirada en el art. 120 de la Ley federal suiza sobre el DIPr. de 18 diciembre 1987, que establece que los contratos que tienen, como objeto, una prestación para la satisfacción de necesidades personales o familiares del consumidor, se rigen, bajo ciertos presupuestos, por el Derecho de la residencia habitual del consumidor con exclusión de cualquier eventual elección de ley por las partes²⁷⁵. Según la Comisión, con dicho precepto se proponía “una nueva norma de conflicto, sencilla y previsible, consistente en la única aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor, sin modificar esencialmente el margen de maniobra del profesional en la concepción de sus contratos. En efecto, la solución del Convenio fue objeto de numerosas críticas en el marco del Libro Verde porque a menudo conduce al desmembramiento – es decir, la aplicación simultánea de la ley del profesional y las disposiciones imperativas de la ley del consumidor– [...] Entre las soluciones posibles para evitar el desmembramiento –que son dos: o la aplicación íntegra de la ley del profesional o la del consumidor– solamente la última es compatible con el alto nivel de protección del consumidor exigido por el Tratado. Esta solución parece también equitativa habida cuenta de la realidad económica: mientras que un consumidor solo efectúa compras transfronterizas ocasionalmente, la mayoría de los profesionales que practican el comercio transfronterizo pueden repartir los costes vinculados al estudio de otro Derecho entre un gran número de operaciones. Por último, en la práctica esta solución no modifica esencialmente la situación del profesional para el que la dificultad en la concepción de sus contratos tipo reside precisamente en el cumplimiento de las disposiciones imperativas del Derecho de consumo. Ahora bien, ya bajo el Convenio, estas disposiciones imperativas son las del país de residencia habitual del consumidor”²⁷⁶. Había, pues, *dos grandes razones* que justificaban esta solución: sencillez (*Einfachheit*) y previsibilidad (*Berechenbarkeit*). No es extraño que un sector doctrinal se alinease con esta propuesta, tras apuntar, además, toda una *serie de argumentos complementarios* de los dos anteriores (D. SOLOMON): a) si se admitía la autonomía de la voluntad conflictual, se admitía, en realidad, el derecho de las empresas –no de los consumidores– a elegir la ley aplicable (= la iniciativa de designar la ley aplicable corresponde al empresario [*contratos de consumo como contratos de adhesión*]); b) la autonomía de la voluntad conflictual, de ser admitida, no era tan amplia como se creía –se trataba, en definitiva, de elegir entre las disposiciones jurídicas imperativas del ordenamiento elegido por las partes y las del país de residencia habitual del consumidor (= el Derecho imperativo como límite real a las facultades de los contratantes)–; c) era irreal, dada la escasa cuantía de la mayoría de las transacciones de consumo transfronterizas, que el consumidor tipo fuese capaz de apreciar la ventaja de una solución jurídica basada en la eventual aplicabilidad de normas jurídicas procedentes de diferentes legislaciones nacionales o de alegar y, en su caso, probar una ley extranjera más favorable para él (= imposibilidad de que el consumidor asuma algunos costes de transacción)²⁷⁷.

a sostener la interpretación que he defendido en el texto principal. Así, *ad ex.*, implícitamente H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 33: “[...] las reglas aplicables han permanecido inalteradas con respecto al Convenio, aunque el art. 6 comience por formular una conexión objetiva a favor de la ley del país en el que el consumidor tiene su residencia habitual y no sea más que en un segundo tiempo cuando se pone de relieve la autonomía de la voluntad”. Se trata de una cuestión muy formalista; pero, en Derecho, los formalismos tienen su importancia. Otra cosa es que, se siga una u otra interpretación, el resultado práctico sea el mismo. Insistir, pues, en esta cuestión no sólo sería excesivo, sino que me recordaría aquella anécdota de dos conductores que chocaron de frente y discutían sobre “quién había chocado antes”.

²⁷³ *Vid.* P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 122.

²⁷⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión, Bruselas 15 diciembre 2005, COM(2005) 650 final. *Vid.* P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 122.

²⁷⁵ *Vid.*, *ad ex.*, W. FISCHER, “Die Bestimmung der charakteristischen Leistung bei Abzahlungsgeschäften oder die ungewollte Schutzgesetzeanwendung mittels Regelanknüpfung nach schweizerischen IPR-Gesetz”, *ZvglRW*, 88, 1989, p. 14.

²⁷⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión, Bruselas 15 diciembre 2005, COM(2005) 650 final.

²⁷⁷ *Vid.*, *per omnia*, D. SOLOMON, “Verbraucherverträge”, concr. pp. 90-92 y bibliografía allí indicada.

Pese a ser una nueva norma de conflicto “sencilla y previsible” en palabras de la Comisión, no fue finalmente aceptada: A las pequeñas empresas y a sectores empresariales vinculados con el comercio electrónico les pareció que el art. 5 del Convenio de Roma de 1980 era preferible a la supresión de la autonomía de la voluntad²⁷⁸. Había buenas razones para ello, aunque a algunos especialistas no sea éste un resultado que les guste²⁷⁹. En efecto, de haber sido aprobada, hubiera instaurado – como ha denunciado la mejor doctrina (*ad ex.*, G. PIZZOLANTE)– con “escasa flexibilidad desde el punto de vista de la ley aplicable” (= que no autoriza al juez a aplicar una normativa distinta de la ley del país de residencia habitual del consumidor, aunque haya otra más conectada con el asunto o que proteja mejor los intereses materiales del consumidor), lo que, además, vendría agravado por la imposibilidad de aplicar la *cláusula de excepción* (art. 4.3 Reg. Roma I) en estos casos²⁸⁰. Ciertamente –tal como han apuntado O. LANDO/P.A. NIELSEN– la propuesta de la Comisión se basaba en un *prejuicio* (que el consumidor pueda encontrar mejor protección en la ley de su país de residencia habitual que en la ley elegida para el contrato), constituía un *impedimento* para el funcionamiento del Mercado Interior (las empresas tendrían que informarse sobre la totalidad de los ordenamientos jurídicos de los países en los que distribuyesen sus bienes y servicios) y, con el pretexto de un *obstáculo menor* (si las empresas quieren evitar los costes asociados a la *double protection rule*, les basta con abstenerse de insertar en sus contratos-tipo cláusulas de elección de un Derecho distinto al del país del consumidor), ignoraba una tendencia natural (muchas empresas prefieren la autonomía de la voluntad conflictual para hacer que su propio Derecho resulte aplicable, aunque deban tomar en consideración las normas imperativas del país del consumidor)²⁸¹.

2ª) Asimismo se propuso dejar el texto del art. 5 del Convenio de Roma, si bien alterando sus condiciones de aplicación, para que abarcara a los *consumidores activos* (= *generally maintaining Article 5 as it was but including the mobile [active consumer] and extending it to more types of contracts*)²⁸².

3ª) Por último, se propuso extender las normas de conflicto comunes en materia de obligaciones contractuales –lo que, en la práctica, se traduciría en la aplicación de la ley del vendedor– y disponer simultáneamente, con carácter general, la aplicación de las normas imperativas del Estado en que el consumidor estuviese domiciliado (= *generalising Article 3 and 4, but combined with a general application of the mandatory rules of the State of the consumer’s residence*)²⁸³. De haberse aprobado esta última propuesta, el contrato concluido por consumidores hubiera estado potencialmente regido por dos leyes: la ley elegida por las partes (o, en su defecto, la ley del país de establecimiento del profesional) y, además, las normas imperativas previstas por la ley del país en que el consumidor tuviese su domicilio. “Probablemente esta conclusión –se ha apuntado– habría garantizado una mayor previsibilidad de la ley aplicable al supuesto de hecho, pero habría aumentado los casos de fraccionamiento” (G. PIZZOLANTE)²⁸⁴.

²⁷⁸ Vid. O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, con.cr. p. 1708.

²⁷⁹ A favor de la supresión de la autonomía conflictual de la voluntad en los contratos internacionales concluidos por consumidores, se manifestaron, entre otros, K. BITTERICH, “Kollisionsrechtliche Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Schutzstandards im Bereich des Verbraucherschutzes: Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung”, *RfW*, 2006, pp. 262-270, con.cr. p. 268; S. LEIBLE, “La Propuesta para un Reglamento ‘Roma I’: Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 541-568, con.cr. pp. 566-567; G. MÄSCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*, Berlin, 1993, con.cr. p. 68; P. VON WILMOWSKY, “Der internationale Verbrauchervertrag im EG-Binnenmarkt – Europarechtliche Gestaltungsspielraum für kollisionsrechtlichen Verbraucherechts”, *ZEuP*, 1995, pp. 735 y ss., con.cr. p. 739.

²⁸⁰ Dicha imposibilidad fue defendida en apartado 4.7.2.3. del Dictamen del Consejo Económico y Social publicado en el *DOUE C 108* de 30 abril 2004. Vid. G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 7.

²⁸¹ Vid. O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, con.cr. pp. 1708-1709.

²⁸² Vid. P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 122.

²⁸³ Vid., *ad ex.*, S. FRANCO, “Le règlement ‘Roma I’ sur la loi applicable...”, pp. 41-69, con.cr. p. 62, nota 78; P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 122.

²⁸⁴ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 1.

A) Autonomía de la voluntad conflictual limitada.

87. Las partes pueden elegir la ley aplicable a un contrato internacional de consumidores (art. 6.2 Reg. Roma I) (*limited party autonomy*):

1º) Se mantiene, pues, en principio, la posibilidad de recurrir a la autonomía de la voluntad de que disponen conforme al art. 3 Reg. Roma I. Ésta fue una exigencia explícita del Reino Unido y la República Federal de Alemania, durante el proceso de elaboración del Reg. Roma I²⁸⁵. Los contratantes, por tanto, dispondrán de las mismas posibilidades de elección que tienen las partes en la mayoría de los demás contratos (= elección de la ley que estimen más adecuada, modificación de ésta, posibilidad de elegir varias leyes para las distintas partes separables del contrato o sólo para una parte del mismo). Asimismo sobre ellos pesarán las mismas exigencias que corresponden a la generalidad de los contratantes (= necesidad de una elección clara [expresa o tácita] a favor de una ley con carácter estatal).

2º) Pero dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley de su residencia habitual (art. 6.2 Reg. Roma I) (= *criterio de la inderogabilidad in peius*) (*preferential law approach, Günstigkeitsprinzip, Günstigkeitsvergleich*) (S. LEIBLE, P. MANKOWSKI)²⁸⁶. De otro modo, “la elección de la ley aplicable podría transformarse en una imposición fraudulenta con perjuicios para el contratante más débil” (G. PIZZOLANTE)²⁸⁷. Dado que, como antes se ha señalado, el art. 6 Reg. Roma I no es una norma de conflicto materialmente orientada, no es necesario determinar cuál de los ordenamientos conectados con el contrato resultaría más beneficioso para el consumidor²⁸⁸. Basta, para que el *pactum de lege utenda* sea válido, que la ley elegida no ofrezca una protección jurídica al consumidor que sea inferior a la que le otorgan las disposiciones imperativas de la ley del país de su residencia habitual. La limitación de la autonomía de la voluntad conflictual ha sido el precio que se ha tenido que pagar para llegar a una solución de compromiso entre sus defensores a ultranza y quienes pretendían que se suprimiera totalmente en los contratos internacionales de consumidores.

3º) Si dicho pacto no fuera válido, se recurriría a la ley designada por la conexión supletoria (país de residencia habitual del consumidor).

88. Todo el régimen jurídico del art. 6.2 Reg. Roma I gira, por tanto, sobre una *cuestión nuclear*: si la elección produce “el resultado de privar al consumidor de la protección que le proporcionen las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo y contenidas en la Ley del país en que dicho consumidor tenga su residencia habitual” (art. 6.2 Reg. Roma I). Obsérvese que: a’) Entre tales disposiciones, cabe entender no sólo las normas especiales para la protección de los consumidores, sino también las normas y desarrollos jurisprudenciales propios del Derecho general de los contratos que “igualmente sirvan para proteger a la parte débil del contrato” (S. LEIBLE)²⁸⁹. b’) Nadie discute que el carácter imperativo o, en su caso, dispositivo de las disposiciones del país de residencia habitual del consumidor debe resolverse *unilateralmente* conforme a dicho ordenamiento jurídico estatal. Algún prestigioso jurista alemán ha defendido –creo que con acierto– que, si se cumplen las condiciones del art. 6.2 Reg. Roma I, la especial voluntad de eficacia internacional de estas normas debiera presumirse *iuris et de iure* (S. LEIBLE)²⁹⁰. c’)

²⁸⁵ S. FRANCO, “Le règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable...”, pp. 41-69, concr. P. 63, nota 79.

²⁸⁶ Vid. S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, p. 20; P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, pp. 140-142.

²⁸⁷ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 8.

²⁸⁸ Hay que agradecerle a los autores del Reg. Roma I que hayan ahorrado así a los intérpretes una tarea que es de todo menos fácil: Para verificar cuál es la ley más favorable al consumidor, deberían cotejarse, al menos, dos ordenamientos jurídicos. De ordinario, uno sería más favorable que el otro en algunas cuestiones, pero no en todas. En estos casos, que serían los más frecuentes, se precisaría un examen de conjunto y, con base en él, decantarse por uno u otro: no cabrían componendas, escogiendo unas disposiciones de este ordenamiento jurídico y otras del o de los restantes, que supusiesen la aparición de un régimen jurídico favorable al consumidor como una especie de *tertius genus*. La opción por una ley estatal debería hacerse *in toto*. Dadas las consecuencias jurídicas que dicho cálculo podría suponer, correspondería al profesional prever y valorar la compatibilidad de la ley elegida con las disposiciones imperativas protectoras de los consumidores.

²⁸⁹ S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, p. 21. Vid. J.-P. PIZZIO, “La protection des consommateurs par le droit commun des obligations – Colloque Droit du marché et droit commun des obligations”, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1998, pp. 53-69.

²⁹⁰ S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, p. 21.

Pero el art. 6.2 Reg. Roma I no ha precisado ni *cómo se debe verificar* que la ley elegida no es una ley impuesta al consumidor para privarle de derechos esenciales ni *quién debe acreditar* cuál de las leyes en presencia es más favorable al consumidor (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ)²⁹¹.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la alternativa —como señalan los anteriores autores— es saber si se debe comparar norma a norma, institución a institución o, incluso, el Derecho de consumidores de los respectivos países en su conjunto. Pero, cabe apreciar, además, otra posible complicación: literalmente interpretado el art. 6.2 Reg. Roma I, bastaría que la ley elegida por las partes privara al consumidor de un solo derecho considerado irrenunciable, para que se tuviese que aplicar el Derecho nacional de su país de residencia habitual; aunque éste, considerado *in toto*, resulte más perjudicial para el consumidor que el determinado conforme al *pactum de lege utenda* (= ignorar o considerar nulo el acuerdo sobre elección de Derecho aplicable supondría, en conjunto, más perjuicios que beneficios para el consumidor). Por esto se ha defendido, con el argumento de que el art. 6 Reg. Roma I debe ser contemplado e interpretado desde una óptica de *favor*, que cabría la posibilidad de integración de las normas más protectoras del país de residencia habitual del consumidor, cuestión por cuestión y no *in toto*, con las normas del ordenamiento jurídico elegido por las partes (= *criterio de la eventual combinación de las disposiciones de las leyes abstractamente aplicables*) (G. PIZZOLANTE)²⁹². Se trata de una interpretación ingeniosa, bienintencionada, favorable al consumidor y respetuosa de lo querido por los contratantes que eligieron la ley rectora de su negocio; pero que obviamente tendrá que ser confirmada por la jurisprudencia. Es fácil adivinar que sus objetores se escudarán en la idea de que, si se fraccionan los ordenamientos jurídicos de los Estados A y B, el resultado final no será otro que la aplicación de un *tertius genus* inexistente en la realidad.

En cuanto a la segunda cuestión (el *onus probandi*), los anteriores autores apuntan que, dado el silencio del Reg. Roma I, corresponderá al Derecho del país cuyos tribunales conozcan del asunto litigioso resolver quiénes deben probar que el Derecho imperativo del Estado de residencia habitual del consumidor resulta más favorable para él que el elegido para regir el contrato. Dicho con otros términos, se trataría de una cuestión procesal de prueba que cada tribunal resolverá conforme a su propia *lex fori*. Algunos podrán temer que, en la medida en que las leyes procesales de los Estados miembros de la UE sean distintas en este punto, se produzcan interpretaciones divergentes de un país a otro. Lo más probable, sin embargo, es que esta divergencia interpretativa no se produzca: No es difícil imaginar que los tribunales de los Estados miembros resuelvan que, puesto que el régimen jurídico del art. 6 Reg. Roma I es un régimen especial para los contratos internacionales de consumidores, corresponda a éstos acreditar que la aplicación de la ley elegida por ellos con el empresario o profesional encubría, en realidad, una ley impuesta con la finalidad de privarles de la protección de algunos importantes derechos. Si no consiguen probarlo, la elección de ley será válida, si se ajusta al régimen general del art. 3 Reg. Roma I.

Personalmente creo que tiene razón el prof. S. LEIBLE cuando apunta a que el régimen jurídico instituido por el art. 6.2 Reg. Roma I se basa en *dos criterios de solución* para las mencionadas cuestiones, que denomina “conexión alternativa con juicio de la mayor protección (*Günstigkeitsprinzip*)”: Primero: El juicio valorativo corresponderá *de oficio* al órgano judicial que conozca del fondo del asunto. Segundo: Dicho juicio no será una comparación en abstracto de dos ordenamientos jurídicos, sino en concreto de cuál de ellos satisface mejor, en el caso concreto de que se trate, las pretensiones del consumidor²⁹³. Ahora bien, debo confesar que, a mi pesar, es todavía una interpretación para la que, hoy por hoy, no existe apoyo en la jurisprudencia comunitaria.

²⁹¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

²⁹² G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALLERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, nº 7.

²⁹³ S. LEIBLE, “Mercado interior, comercio electrónico...”, p. 21: “El juez tendrá que realizar de oficio el juicio de mayor protección, teniendo que recurrir al derecho que se corresponda mejor con las pretensiones manifestadas por el consumidor en el proceso (por ejemplo, el desistimiento de la aceptación del contrato). Por lo demás continúa siendo aplicable el derecho elegido, no siendo necesaria una comparación global en abstracto, ya que es imposible determinar cuál de los dos ordenamientos comparados es en general más beneficioso para el consumidor. Esta cuestión se tendrá que resolver siempre según los intereses existentes en el caso concreto. Por lo demás la comparación de los derechos tendrá que ir referida al litigio en cuestión, es decir, al concreto interés del consumidor en la aplicación de un derecho en la situación de la que se trate. Solamente se podrán comparar sectores concretos”.

En definitiva, la comparación de leyes necesaria para aplicar el art. 6.2 Reg. Roma I plantea cuestiones que, por ahora, deben permanecer abiertas.

B) País de residencia habitual del consumidor.

89. La ley objetivamente aplicable (en defecto de autonomía de la voluntad o, *rectius*, de una elección válida de ley en el sentido del art. 6.2 Reg. Roma I) es “la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual” (art. 6.1 Reg. Roma I) (= *there’s no place like home*). El Convenio de Roma de 1980 subordinaba la protección de esta ley al hecho de que se tratase de un *consumidor estático* o *pasivo* (art. 5.3 *in fine* del Convenio de Roma de 1980). Había una buena razón para ello: carecía de sentido que, si se trataba de un *consumidor activo* –es decir, de un consumidor que, por su propia iniciativa, se desplazaba al extranjero–, pudiese ampararse bajo su propia ley en cualquier caso²⁹⁴. En la práctica, el problema que dicha reglamentación suscitaba no era otro que la necesidad de deslindar entre *consumidores pasivos y activos*. Para ello, el Convenio de Roma de 1980 formuló varias precisiones que permitían afirmar que se estaba ante un contrato internacional concluido por un *consumidor pasivo* (art. 5.2 del Convenio de Roma de 1980). El Reg. Roma I es, en esencia, tributario en esta cuestión del Convenio de Roma. En todo caso, la opción del Reg. Roma I a favor de la ley del país de residencia habitual del consumidor suscita tres interrogantes:

1ª) Si esa elección está subordinada al contenido de la ley del Estado de residencia habitual del consumidor o es independiente de él: Se debe aplicar dicha ley, aunque haya otra más conectada o más favorable para el consumidor (*ad ex.*, la ley de la sede social de la empresa/ley de la residencia habitual del profesional con quienes contrata) (G. PIZZOLANTE)²⁹⁵. Como ha señalado la mejor doctrina, la aplicabilidad de la ley del Estado en que el consumidor tiene su residencia habitual no depende de su contenido material, de los resultados que pueda producir su aplicación al caso concreto de que se trate ni de los objetivos perseguidos por el legislador que la haya dictado (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, L. RADICATI DI BROZOLO/F. SALERNO)²⁹⁶.

2ª) Si existe alguna razón especial que justifique el recurso a dicha ley: La razón de ser de la elección del país de residencia habitual del consumidor no puede ser, por tanto, material, sino conflictual: su mayor conexión con el caso que cualquier otra ley. En efecto, desde el punto de vista de la empresa o el profesional que contrata con el consumidor es una ley perfectamente previsible; puesto que es la ley de un mercado en el que habitualmente opera o al que ha dirigido su actividad. En ambos casos, ha actuado de manera libre y consciente de los riesgos que ello suponía. Desde el punto de vista del consumidor, es la ley con la que se supone que estará más familiarizado. Por último, para ambas partes –en particular, cuando se trate de litigios de escasa cuantía– será, de ordinario, la ley que suponga menores costes (considerando 1 Reg. Roma I). El “país en el que el consumidor tenga su residencia habitual es”, en definitiva, una conexión de la que cabe afirmar tres virtudes: su claridad, la evidente previsibilidad del Derecho que declara aplicable y –al menos, en el caso de los contratos concluidos en territorio comunitario– el hecho de que favorece la correlación *forum y ius*, dado que, en los litigios internacionales de consumo, el órgano judicial competente será, de ordinario, el del Estado miembro en el que el consumidor esté domiciliado (art. 16 del Reg. 44/2001), órgano que podrá aplicar su propia ley (G. PIZZOLANTE)²⁹⁷.

3ª) Si, en caso de que el consumidor cambie de país de residencia habitual, surge un *conflicto móvil* y el contrato pasa a estar regido por la nueva ley o sigue sometido a la anterior al cambio. Es ésta

²⁹⁴ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 696.

²⁹⁵ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 10.

²⁹⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; L. RADICATI DI BROZOLO/F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento ‘Roma I’. Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8.

²⁹⁷ G. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 6.

una cuestión que está contemplada por el art. 19.3 Reg. Roma I: “La residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato”. *Ergo*, para la determinación de la ley aplicable al contrato internacional de consumo, cualquier cambio posterior de país de residencia habitual del consumidor es irrelevante.

4. Determinación de la ley aplicable a la forma del contrato: Los puntos de conexión.

90. Una cosa es la ley aplicable al fondo del contrato (los derechos y obligaciones de las partes) y otra, la ley rectora de las cuestiones de forma, que tanta importancia tienen “como un instrumento de protección del consumidor” (P. MANKOWSKI)²⁹⁸. Éstas no se rigen por el art. 6 Reg. Roma I, sino por los arts. 11.4 y 11.5 Reg. Roma I:

1º) El art. 11.4 Reg. Roma I contiene *dos reglas complementarias*: a’) Una es puramente *negativa*: La que dispone que las normas de conflicto generales para las cuestiones de forma (art. 11, apartados 1 a 3, Reg. Roma I) no son aplicables a los contratos internacionales de consumo contemplados por el art. 6 Reg. Roma I (= contratos internacionales con consumidores pasivos). b’) La otra es *positiva*: La forma de este tipo de contratos deberá someterse a lo dispuesto por “ley del país en que tenga su residencia habitual el consumidor” (= la autonomía de la voluntad conflictual, sin límites o con ellos, no puede regir las cuestiones de forma de los contratos de consumidores comprendidos en el ámbito del art. 6 Reg. Roma I). Esta última disposición constituye una *norma de conflicto especial* para las cuestiones de forma de los contratos de consumidores, constituida por un *supuesto de hecho* que está formado por los contratos internacionales de consumidores –tanto si las partes han elegido el Derecho aplicable, como si no lo han hecho–, un *punto de conexión único*, que es el país de residencia habitual del consumidor, y una *consecuencia jurídica*, que es la aplicación exclusiva del Derecho del país de residencia habitual del consumidor (D. MARTINY)²⁹⁹. En todo caso, no se establece ninguna exigencia de forma especial para la elección de la ley aplicable por las partes³⁰⁰.

2º) El art. 11.5 Reg. Roma I establece una norma especial para las cuestiones de forma de ciertos *contratos cuyo objeto sea un bien inmueble*: “... [t]odo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley: /a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rijan el contrato, y /b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo”. La amplitud con que está formulado el supuesto de hecho de esta norma (“todo contrato...”) evidencia con claridad que, en él, están incluidos tanto los contratos de empresa como los contratos de consumidores.

5. Cuestiones particulares.

A) ¿Aplicabilidad del art. 9 Reg. Roma I a los contratos internacionales de consumidores?

91. Una *cuestión enormemente delicada* es la de si cabe aplicar a los contratos internacionales de consumo las denominadas normas internacionalmente imperativas o leyes de policía a las que se refiere el art. 7 del Convenio de Roma de 1980 y, en la actualidad, el art. 9 Reg. Roma I (Cour de cassation,

²⁹⁸ P. MANKOWSKI, “Consumer Contracts under Article 6”, p. 143.

²⁹⁹ D. MARTINY, “Verbraucherverträge”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 645-703, concr. p. 689.

³⁰⁰ D. MARTINY, “Verbraucherverträge”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 645-703, concr. p. 689.

³⁰¹ Para una visión de conjunto de estos casos, *vid.* el comentario de P. LAGARDE a la sentencia BGH 19 marzo 1997, *RCDIP*, 1998, pp. 610-631 y, además, W. BACKERT, *Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im Mosaik der Sonderanknüpfungen des deutschen internationalen Schuldvertragsrechts: eine Darstellung am Beispiel der “Gran-Canaria-Fälle”*, München, 2000; D. COESTER-WALTJEN, “Der Eskimomantel aus Spanien – Ist der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz zu kurz gestrichelt?”, en *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 2001, pp. 297-319; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country in the European contract Conflict of Laws, the Rome Convention and the proposed Rome I Regulation*, Rijeka, 2007, pp. 182-186.

chambre civile, 23 mayo 2006). *Ejemplo*: A finales de los años 80 y comienzos de los 90, turistas alemanes, que, durante sus vacaciones en las islas Canarias, habían adquirido bienes muebles (generalmente, ropa de cama), interpusieron, a su regreso, acciones ante los tribunales alemanes, solicitando la rescisión de los anteriores contratos (los denominados *Gran Canaria-Fälle*)³⁰¹. Éstos no sólo eran contratos internacionales –y, por tanto, estaban sometidos al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones internacionales–, sino que, además, estaban regidos por la ley española, que era la elegida por las partes. Desafortunadamente, para los consumidores alemanes, aunque España era un Estado comunitario, aún no había adaptado su legislación a la Directiva 85/577/CEE sobre los contratos concluidos fuera de los locales comerciales. *Ejemplo*: La sentencia OLG de Hamm 12 diciembre 1998 consideró que era válida la sumisión a la ley española, que no contemplaba la posibilidad de revocar el contrato, por parte de una turista alemana que había comprado ropa de cama en Gran Canaria y, además, se negó a aplicar la excepción de orden público³⁰². Para su desgracia, además el Tribunal federal alemán rehusó aplicar, a estos casos, la legislación alemana, que era más favorable a los consumidores alemanes, en concepto de ley de policía (sentencia BGH 19 marzo 1997): El art. 5 del Convenio de Roma de 1980 era una cláusula especial de aplicación de las leyes de policía que prevalecía sobre su art. 7, que era una cláusula general de aplicación; de tal manera que, cuando el contrato entraba en el ámbito de aplicación del art. 5.1, y ninguna de las condiciones exigidas por el art. 5.2 se cumplía, entonces el art. 7 no era aplicable³⁰³.

92. Bajo el imperio del Convenio de Roma de 1980, la doctrina se dividió en *dos bandos irreconciliables* con respecto a la posible aplicación de normas internacionalmente imperativas a los contratos internacionales de consumidores en el caso de que la norma de conflicto especial para éstos no les protegiera adecuadamente: a) Según un sector doctrinal, la regla hermenéutica *lex specialis derogat legi generali* impedía la aplicación cumulativa (o, en su caso, subsidiaria) de las normas de conflicto especiales y de las normas materiales imperativas: si dos normas atribuyen efectos jurídicos incompatibles al mismo supuesto de hecho, prevalece la regla particular (la norma de conflicto especial para los contratos internacionales de consumidores) sobre la regla general (las normas materiales internacionalmente imperativas) (*ad ex.* P. MANKOWSKI)³⁰⁴. A su favor tenían otro argumento más: ¿Por qué introducir tantas limitaciones o distingos entre los diferentes contratos de consumidores contemplados o excluidos por el Convenio de Roma de 1980, si luego resulta que se les aplican las leyes de policía? b) Por el contrario, según otro sector doctrinal, conforme al criterio interpretativo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, dado que la ley (el art. 7 del Convenio de Roma de 1980 [equivalente al actual art. 9 Reg. Roma I]) no distinguía, no cabía excluir que se aplicase a un contrato internacional de consumo la protección dispensada por una de las denominadas *leyes de policía*, cuando ésta resultase más favorable, más protectora, de la parte contratante más débil (el consumidor): Según estos autores, disposiciones jurídicas protectoras de los consumidores que no podían apoyarse en la norma de conflicto específica para los contratos internacionales de consumo, podían, sin embargo, hacerse valer como normas internacionalmente imperativas o leyes de policía (*ad ex.*, P. BÜLOW, B. VON HOFFMANN, E. JAYME, A. SINAY-CYTERMANN)³⁰⁵. *Ejemplo 1*: En la República Federal de Alemania, la primera de estas tesis fue finalmente asumida como propia por la jurisprudencia, gracias a la sentencia BGH 19 marzo 1997³⁰⁶. *Ejemplo 2*: En Francia, la sentencia Cour de cassation, 1re civ., 23 mayo 2006 endosó la segunda tesis y reconoció la posibilidad de

³⁰² Sentencia OLG Hamm de 12 diciembre 1998, *IPRax*, 1990, p. 242 con nota de E. JAYME.

³⁰³ Texto en *IPRax*, 1998, p. 285, y en *RCDIP*, 1998, pp. 610-631, con nota de P. LAGARDE. En contra, a favor de la solución más favorable al consumidor (*Günstigkeitsprinzip*), antes, la sentencia OLG Stuttgart 18 mayo 1990, *IPRax*, 1991, p. 332. *Vid.* P. MANKOWSKI, “Zur Analogie im internationalen Schuldvertragsrecht”, *IPRax*, 1991, pp. 305-313.

³⁰⁴ P. MANKOWSKI, “Keine Sonderanknüpfung deutschen Verbraucherschutzes über Art. 34 EGBGB”, *DZWiR*, 1996, pp. 273 y ss.

³⁰⁵ P. BÜLOW, “Keine Sonderanknüpfung deutschen Verbraucherschutzes über Art. 34 EGBGB”, *EuZW*, 1993, pp. 435 y ss., *concr.* 436-437; B. VON HOFFMANN, “Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalen Anwendungsbereich”, *IPRax*, 1989, p. 261 y ss., *concr.* p. 266; E. JAYME, “Haustürgeschäfte deutscher Urlauber in Spanien – Horizontale Wirkungen der EG-Richtlinien und internationales Vertragsrecht”, *IPRax*, 1995, pp. 220 y ss., *concr.* p. 236; A. SINAY-CYTERMANN, “La protection de la partie faible en droit international privé”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 737.

³⁰⁶ Texto en *IPRax*, 1998, p. 285, y en *RCDIP*, 1998, pp. 610-631, con nota de P. LAGARDE.

aplicar la ley de la residencia habitual del consumidor en virtud del art. 7 del Convenio de Roma de 1980³⁰⁷.

93. En la actualidad, según la *doctrina dominante*, el art. 9 Reg. Roma I se refiere exclusivamente a un tipo de normas materiales internacionalmente imperativas: las denominadas “normas institucionales”, que tutelan el denominado *orden público de dirección* y no el denominado *orden público de protección*. Esta interpretación se apoya en *dos argumentos*:

1º) El *tenor literal* del art. 9.1 Reg. Roma I, cuando define las *leyes de policía*: “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”. Dicho con otros términos, aun a riesgo de simplificar en demasía, las normas a las que alude el art. 9 Reg. Roma I salvaguardarían intereses generales y no intereses particulares, como, *ad ex.*, la protección de los contratantes más débiles (como los consumidores) (L. D’AVOUT)³⁰⁸. Por consiguiente, el art. 6 Reg. Roma I sería la única vía para la protección de los consumidores en los contratos que éstos lleven a cabo (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)³⁰⁹.

2º) La *previsibilidad del resultado de los litigios* que el Reg. Roma I pretende asegurar (considerando 6). Como ha señalado H. KENFACK a propósito de las leyes de policía, no sólo “[...] tal remedio supone la intervención del juez, depende de elementos fácticos y, por consiguiente, introduce elementos que no van en el sentido de la previsibilidad de las soluciones”, sino que “[...] la articulación entre las leyes de policía y las reglas específicas para la protección de las partes débiles debe ser escrutada con el riesgo de ver a las primeras tener un efecto nefasto sobre las segundas”³¹⁰.

94. Pero el anterior argumento tiene *posibles réplicas*. En efecto, se puede observar con G. PIZZOLANTE que: a) El apartado 3.2.8.3 del *Libro verde* de 14 enero 2003 de la Comisión sobre la transformación en instrumento comunitario del convenio de roma de 1980 aplicable a las obligaciones contractuales y la renovación del mismo, Doc. COM(2002) 654 definitivo, preveía que el art. 5 del Convenio de Roma de 1980 (equivalente al actual art. 6 Reg. Roma I) no se opusiese a la aplicación de eventuales leyes de policía y seguridad (art. 7 [equivalente del actual art. 9 Reg. Roma I]) que estuviesen en condiciones de ofrecer una protección complementaria, siempre que se satisficiesen sus condiciones de aplicación territorial; b) El art. 9 Reg. Roma I se refiere a las disposiciones aplicables “cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el pre-

³⁰⁷ Vid. texto en *RCDIP*, 2007, pp. 85-95, con nota de D. COCTEAU-SENN, en *JDI Clunet*, 2007, p. 537, con nota de A. SINAY-CY-TERMANN, y P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “Le sort de la théorie des clauses spéciales d’application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l’article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980)”, *Dalloz cahier droit des affaires*, 2006, n° 35, pp. 2464-2469. Por el contrario, no puede considerarse un precedente de esta línea jurisprudencial francesa, la sentencia de la Corte de casación de 19 octubre 1999, texto en *RCDIP*, 2000, p. 29, con nota de P. LAGARDE, y en *JDI Clunet*, 2000, p. 328, con nota de J.B. RACINE, que anuló una sentencia del Tribunal de apelación en la que se sostenía que el art. 7 del Convenio de Roma de 1980 únicamente podía operar en supuestos no contemplados por el art. 5 de este Convenio, habida cuenta que la *ratio decidendi* de la sentencia de casación que lleva a anular la resolución de instancia es el hecho de que se hubiese aplicado el Convenio de Roma a un supuesto en el que todavía no era aplicable.

³⁰⁸ Vid. L. D’AVOUT, “Le sort des règles impératives dans le règlement ‘Rome I’”, *D.*, 2008, p. 2165. En Alemania, donde, según la doctrina dominante, no son leyes de policía (*Eingriffsnormen*) las normas protectoras de ciertas categorías de individuos considerados partes contractualmente débiles (*Parteischutzvorschriften*), los tribunales han dudado ocasionalmente de esta interpretación (*vid.*, *ad ex.*, la sentencia 26 octubre 1993, *IPRax*, 1994, p. 449, y la sentencia 19 marzo 1997, *RCDIP*, 1998, p. 610 con nota de P. LAGARDE). Sostenida la tesis dominante originariamente en la primera mitad de los años 90 por la sentencia BAG 29 octubre 1992, *IPRax*, 1994, p. 123, según la cual la norma que protegía los derechos de los empleados en caso de cesión de empresa (§ 613a BGB) no tenía carácter internacionalmente imperativo, ha sido finalmente confirmada por la sentencia BGH 13 diciembre 2005, *IPRax*, 2006, p. 272 con nota de T. PFEIFFER, “Verbraucherrechtliche Eingriffsnormen im Spannungsfeld von EG-Recht und nationaler Rechtssetzung”, *IPRax*, 2006, pp. 238-241, según la cual no son normas de intervención las normas protectoras de ciertas categorías de individuos, aunque tiendan a promover, de manera refleja, los intereses de la colectividad (“Belange der Allgemeinheit reflexartig mitgeschützt werden”). *Vid.* A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Zürich, 2008, pp. 217-237, *concr.* pp. 228-229; R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 370-439, *concr.* pp. 373 y 375-378.

³⁰⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

³¹⁰ H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 37.

sente Reglamento”, sin realizar ninguna distinción dentro de las leyes de policía; c) la tutela del contratante débil –en particular, el consumidor– obedece a un interés general, que no se confunde con la protección de los individuos de que se pueda tratar en un caso concreto, y, por tanto, es susceptible de subsumirse en los diversos supuestos de hecho que tienen cabida en el art. 9 Reg. Roma I³¹¹; d) la distinción de las normas imperativas según que estén dirigidas a proteger el interés de la colectividad o de los particulares olvida que todas las normas imperativas protegen un interés general –por eso son inderogables–, incluso cuando se protege a individuos concretos, que la distinción es difícil en la práctica y que la protección de una parte contractualmente débil se ha convertido en un interés comunitario; e) de la propia jurisprudencia *Arblade* se infiere que la protección de la parte débil es un objetivo de interés general que puede justificar la adopción de normas de aplicación necesaria³¹².

95. En el pasado, el recurso a las leyes de policía a favor de los consumidores, se justificó por los estrechos límites que imponía el art. 5 del Convenio de Roma de 1980. Estos límites han desaparecido en el art. 6 Reg. Roma I. Es posible, por tanto, que tenga razón A. BONOMI cuando afirma que “la necesidad (o la tentación) de recurrir al instrumento de las leyes de policía para completar la protección de los consumidores se manifestará con menos frecuencia en el porvenir”³¹³. ¿Pero y si, finalmente, no fuera así? Me temo que, si se atiende al interés que esta cuestión sigue suscitando entre los autores, no sería arriesgado afirmar que, cual *Ave Fénix*, la defensa de la aplicabilidad de las normas materiales imperativas a los contratos internacionales concluidos por consumidores renacería de sus cenizas y sólo se extinguiría el día que reiterada jurisprudencia nacional o, incluso, comunitaria acabe con ella definitivamente. Es ésta, por tanto, una cuestión que debe permanecer abierta, máxime, si tenemos en cuenta, *dos datos* que no son baladías:

1º) Que “[l]os casos muestran que, cuando los tribunales sintieron la necesidad de proteger a los consumidores en situaciones distintas de las cubiertas por el art. 5.2 del Convenio de Roma, así lo hicieron. Los tribunales alemanes declararon que era más importante ayudar a los consumidores alemanes que administrar la especial clase de justicia otorgada por las normas de conflicto del Convenio de Roma” (O. LANDO/P.A. NIELSEN)³¹⁴. *Ejemplo 1*: En los casos antes mencionados de las Islas Canarias, los tribunales de instancia recurrieron a expedientes tales como la *excepción de orden público* (sentencia A.G. Lichtenfels de 24 mayo 1989) o la *doctrina del abuso de derecho (Rechtsmissbrauch)* (sentencia LG Hamburg 21 febrero 1990), que les permitieron aplicar el Derecho alemán y reconocer el derecho de los consumidores alemanes a rescindir los contratos concluidos³¹⁵. Incluso algunas decisiones defendieron, en Alemania, el *efecto horizontal (horizontale Drittwirkung)* de una Directiva comunitaria no traspuesta (la Directiva 85/577) en España, país cuya legislación debía regir el contrato, como una norma impera-

³¹¹ Que las normas protectoras de la parte contractualmente débil pueden, en determinadas circunstancias, ser consideradas normas de aplicación inmediata es una tesis ampliamente difundida en la doctrinas alemana, francesa y belga. *Vid., per omnia*, sobre esta espinosa cuestión, A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich, 2008*, pp. 217-237, concur. pp. 229-232 y ulteriores referencias allí citadas, ardiente defensor de la posibilidad de que, bajo ciertos supuestos, las normas protectoras de los contratantes débiles puedan seguir considerándose leyes de policía, habida cuenta de que las propias Directivas comunitarias de consumidores aluden al interés general que supone la protección de éstos, de que la jurisprudencia *Arblade* se dictó en un caso en el que estaban en juego intereses de ciertos individuos (en concreto, intereses laborales) y de que la adaptación del Derecho comunitario a la interpretación restrictiva del art. 9.1 Reg. Roma I sería auténticamente revolucionaria para los sistemas de DIPr. de varios Estados miembros.

³¹² G. BIAGIONI, “Articolo 9 – Norme di di applicazione necessaria in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 3; G. PIZZOLANTE, “I contratti conclusi dai consumatori nella proposta di regolamento ‘Roma I’”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento ‘Roma I’*, Padova, 2006, pp. 50-61, concur. p. 59; ID. PIZZOLANTE, “Articolo 6 – Contratti conclusi da consumatori in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 11.

³¹³ A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich, 2008*, pp. 217-237, concur. p. 222.

³¹⁴ O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, concur. p. 1724.

³¹⁵ *Vid.* P. MANKOWSKI, “Zur Analogie im internationalen Schuldvertragsrecht”, *IPRax*, 1991, pp. 305-313.

tiva (*ad ex.*, sentencia OLG Celle 28 agosto 1990)³¹⁶. *Ejemplo 2*: En Francia, la Corte de casación ha reconocido la posibilidad de aplicar la ley de la residencia habitual del consumidor en virtud del art. 7 del Convenio de Roma de 1980 (sentencia Cour de cassation, Ire civ., 23 mayo 2006)³¹⁷.

2º) Que, incluso desde el campo teórico adverso a la aplicación cumulativa de los arts. 6 y 9, se es consciente tanto de la dificultad de tan siquiera enumerar las leyes de policía existentes o de que éstas permanezcan “congeladas” en el tiempo como de la posibilidad de que supuestos sangrantes de la vida real no sean debidamente tutelados por la normativa conflictual específica para la protección de los consumidores. Para *casos extremos*, se ve la posibilidad de recurrir a las leyes de policía como “último recurso” en defensa de los débiles y para casos absolutamente excepcionales. Así lo ha expresado un profesor de la Universidad de Toulouse: “¿Conviene quejarse de la restricción a las derogaciones posible a la ley normalmente aplicable? Salvo excepción relativa a una injusticia ‘manifiesta’ en la protección de las partes débiles, una respuesta negativa se impone” (H. KENFACK)³¹⁸.

Por todo esto resulta prudente, en tanto que la jurisprudencia comunitaria no haya resuelto esta importante cuestión, no desdeñar la potencial aplicabilidad de las normas internacionalmente imperativas como *último recurso* en defensa de los consumidores para casos extremos³¹⁹.

B) La protección del “consumidor activo”.

96. Como hemos visto, existe un gran ausente, una persona desprotegida, en el art. 6 Reg. Roma I: el *consumidor activo*. Se entiende por *consumidor activo* “aquél que se desplaza, para consumir, a un país concreto diferente al país donde tiene su residencia habitual (*the Mobile Consumer*) (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)³²⁰. En principio, la ley rectora de los contratos internacionales concluidos por consumidores activos se fijará conforme a las reglas generales del Reg. Roma I (arts. 3 y 4). En la práctica, dicho con otros términos, esto supone que a dicho contrato se le aplica la ley elegida por las partes y, en su defecto, la ley del Estado donde tiene su sede la empresa con la que contrata la prestación de bienes y servicios.

97. El marco legal previsto para la generalidad de los contratos no es, sin embargo, el más adecuado para los contratos internacionales de consumidores. Dos datos refuerzan esta afirmación:

1º) Bajo la apariencia de una impecable elección de ley por los contratantes puede ocultarse, en realidad, la imposición al consumidor activo por parte de la empresa de una ley muy favorable a sus intereses (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)³²¹. Es posible que la ley elegida no esté conectada al negocio jurídico más que por el *pactum de lege utenda*. Es posible que, para la organización empresarial que celebra actos patrimoniales en masa, dicha elección sea una *estrategia defensiva* frente a los intereses de los concretos consumidores activos, para los que tales operaciones acostumbra a ser actos

³¹⁶ Sentencia OLG Celle de 28 agosto 1990, *IPRax*, 1991, p. 334, con nota de P. MANKOWSKI, p. 305. *Vid.* también sentencia LG Wiesbaden 14 agosto 1990, *MDR*, 1991, p. 156; sentencia LG Hildesheim 11 febrero 1991, *IPRax*, 1993, p. 173; sentencia AG Bremerhaven 27 junio 1990, *EuZW*, 1990, p. 294. Hubo que esperar unos años para que la jurisprudencia comunitaria obrara en dos frentes. Primero: La jurisprudencia comunitaria negó la existencia del denominado *efecto horizontal* (*horizontale Drittwirkung*) con motivo de un contrato de enseñanza a distancia en Italia (= la Directiva de 20 diciembre 1985 sobre contratos a domicilio [STJCE 14 julio 1994, *Faccini Dori/Recreb Srl*, C-91/92, *Rec.*, p. I-3325]) y de un contrato de crédito al consumo en España (= la Directiva de 22 diciembre 1986 sobre créditos al consumo no transpuesta en España [STJCE 7 marzo 1996, *Corte Inglés*, C-192/94, *Rec.*, p. I-1296]). Segundo: Admitiendo, bajo determinadas circunstancias, la obligación de indemnizar los daños causados a los particulares por parte del Estado que no transpuso la Directiva correspondiente o lo hizo tardíamente (STJCE 19 noviembre 1991, *Francovich, Bonifaci/República italiana*, C-9/90, *Rec.*, p. I-5357). *Vid.*, *ad ex.*, A.J. BAUMERT, *Europäischer ordre public und Sonderanknüpfung zur Durchsetzung von EG-Recht: unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten mittelbaren horizontalen Wirkung von EG-Richtlinienbestimmungen*, Frankfurt am Main, 1994; C. CLASSEN, *Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien: von der unmittelbaren Wirkung bis zum Schadenersatzanspruch*, Berlin, 1999.

³¹⁷ *Vid.* texto en *RCDIP*, 2007, pp. 85-95, con nota de D. COCTEAU-SENN, en *JDI Clunet*, 2007, p. 537, con nota de A. SINAY-CYTERMANN, y P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “Le sort de la théorie des clauses spéciales d’application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l’article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980)”, *Dalloz cahier droit des affaires*, 2006, n° 35, pp. 2464-2469.

³¹⁸ H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 38.

³¹⁹ *Vid.*, *ad ex.*, en este mismo sentido, H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, p. 39.

³²⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

³²¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

aislados (= *la mejor defensa es un buen ataque*). *Ejemplo*: Todos los años, en temporada de rebajas, miles de consumidores españoles vuelan a Londres para comprar en grandes almacenes. Para Harrods, grandes almacenes londinense que son propiedad del magnate egipcio MOHAMED AL-FAYED, sería engorroso e, incluso, antieconómico, negociar con sus compradores de todo el mundo, caso por caso, la ley aplicable a sus respectivos contratos. Entra a la perfección en la lógica empresarial la utilización del recurso generalizado a la sumisión a una ley estatal mediante las condiciones generales de contratación. Cabe suponer que se sometan a la ley inglesa. Pero nada impediría, en principio, la sumisión a la ley egipcia. Ahora bien, en este caso, cabría preguntarse qué sentido tendría, habida cuenta que la mayoría de los consumidores no saben quién es el propietario de los almacenes, la empresa con la que contratan es una persona jurídica y la ley egipcia no está conectada con las circunstancias fácticas de la mayoría de estos casos.

2º) La desprotección del consumidor activo por el art. 6 Reg. Roma I anula las ventajas del Mercado único europeo: Si el consumidor quiere estar protegido por el Derecho Internacional Privado debe contratar con las empresas nacionales y abstenerse de hacerlo con empresas radicadas en otros Estados miembros de la UE (= *las empresas de los otros Estados comunitarios no estarían en posición de competir en condiciones de igualdad*)³²².

98. Cabe preguntarse, pues, cuáles son las *vías legales para asegurar la protección al consumidor activo*. Dado que escapa al objeto de esta exposición todo lo que no esté relacionado directamente con el Reg. Roma I, basta señalar que existen tres expedientes técnicos para proteger al consumidor activo:

1º) Con independencia de la ley elegida para regir el contrato, el consumidor activo tiene derecho a la protección que le brinda una serie de Directivas comunitarias, cuando el caso es “comunitario”; es decir, guarda una especial vinculación con la UE (= *aplicabilidad del Derecho armonizado de protección de consumidores*) (M. VIRGÓS/F.J. GARCIMARTÍN)³²³. En efecto, las normas de conflicto de leyes contenidas en algunas Directivas que regulan cuestiones concretas en materia de obligaciones contractuales tienen prioridad sobre las disposiciones del Reg. Roma I (art. 23 Reg. Roma I), siempre que se trate de casos “estrechamente conectados con la UE”. Este último extremo se verifica cuando se cumplen las “condiciones de aplicación espacial” de la Directivas. Se trata de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril 1993 (cláusulas abusivas), la Directiva 97/7/CE de 20 mayo 1997 (contratos a distancia), la Directiva 99/44/CE de 25 mayo 1999 (determinados aspectos de la venta y garantías de bienes de consumo), la Directiva 98/27/CE de 19 mayo 1998 (acciones de cesación), la Directiva 2002/65/CE de 23 septiembre 2002 (comercialización a distancia de servicios financieros) y la Directiva 2008/48/CE de 23 abril 2008 (crédito al consumo)³²⁴.

Asimismo, aunque no precisen su ámbito espacial de aplicación, podrán ampararse en los derechos que reconocen a los consumidores estos cuando el contrato presente un vínculo estrecho con la UE en los supuestos contemplados por la Directiva 85/577/CEE de 20 diciembre 1985 (contratos negociados

³²² La incompatibilidad de la falta de protección del consumidor activo con la idea de Mercado interior fue ya defendida y analizada con especial brillantez por A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Globalización, regionalización y nuevas tecnologías en el DIP de los contratos de consumo (mercado interior y Convenio de Roma)”, en *La UE ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Univ. Cantabria, Madrid, 2003, pp. 231-242, y, en la actualidad, siguiendo su estela, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

³²³ M. VIRGÓS/F.J. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Madrid, 2007, pp. 166-175.

³²⁴ Sobre estas Directivas, *vid., ad ex.*, L. BARTOLI, “Questioni di diritto internazionale privato relative alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori”, *RDI*, 78, 1995, pp. 324-344; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; L. FUMAGALLI, “Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 30, 1994, pp. 15-32; E. JAYME, “Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, en *Droit international et droit communautaire (Actes du colloque, Paris, 5-6 avril 1990)*, Paris, 1991, pp. 77-86; *Id.*, “Allgemeine Geschäftsbedingungen und IPR”, *ZHR*, 1978, pp. 105-123; E. JAYME/C. KOHLER, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *RCDIP*, 84, 1995, pp. 1-40; S. KLAUER, *Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge zwischen Römer EVÜ und EG-Richtlinien*, Tübingen, 2002; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Globalización, regionalización y nuevas tecnologías en el DIP de los contratos de consumo (mercado interior y Convenio de Roma)”, en *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2003, pp. 231-242; *Id.*, “Nota a STJCE 9 septiembre 2004”, *REDI*, 2004, pp. 938-944; *Id.*, “Incorrecta transposición de la noción de ‘vínculo estrecho con el territorio comunitario’ de las Directivas de consumo (STJCE de 9.9.2004, as. 70/03 Comisión c. España)”, *RDCE*, 2005, pp. 535-551; P. VON WILMOWSKY, “EG-Freiheiten und Vertragsrecht”, *JZ*, 1996, pp. 590-596.

fuera de establecimientos mercantiles), la Directiva 87/102/CEE de 22 diciembre 1986 (crédito al consumo) y la Directiva 90/314/CEE de 13 junio 1990 (viajes combinados)³²⁵.

2º) Cuando se trate de “casos no comunitarios”, existe la posibilidad de que un desarrollo jurisprudencial lleve a los tribunales a ignorar la ley elegida por las partes y aplicar la ley conectada con el caso, la ley del Estado en que se encuentra la sede de la empresa con la que ha contratado el consumidor (= *ley del mercado en que ha contratado el consumidor*). Esta es una vía que está por verificar ante los tribunales y que ha sido defendida con especial vigor por algún autor (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)³²⁶.

3º) Por último, tanto si se trata de “casos comunitarios” como de “casos no comunitarios”, siempre quedaría, como último recurso de defensa del consumidor activo, la oponibilidad de la excepción de orden público en aquellos supuestos en que las consecuencias de la aplicación de una ley extranjera sean manifiestamente incompatibles con principios jurídicos considerados esenciales por el ordenamiento jurídico del tribunal que conozca del asunto.

IV. Las leyes de policía.

1. Consideraciones preliminares.

99. La determinación de la ley rectora del contrato internacional sirve para fijar el marco jurídico en el que se desenvuelven los derechos y obligaciones de las partes. Pero dicho marco sólo alcanza, en principio, a los intereses de los particulares. Un *contrato internacional* es, por definición, un *contrato intersistemático*; es decir, un contrato que está vinculado con diferentes sistemas u ordenamientos jurídicos: si sólo estuviese conectado con uno, sería un contrato interno y no un contrato internacional. Dado que los ordenamientos no sólo protegen intereses privados, sino también intereses públicos o generales (*ad ex.*, el patrimonio histórico), es necesario plantearse *tres cuestiones*, que están fuertemente relacionadas:

1º) Si cabe aplicar al contrato internacional normas distintas de las reguladoras que preserven los intereses públicos de los Estados conectados con el contrato internacional de que se trate.

2º) Si las partes pueden utilizar la facultad de elegir la ley aplicable para escapar a una ley que les incomoda.

3º) Si, al margen incluso de la autonomía de la voluntad, las partes pueden instalarse en un Estado determinado con el fin de eludir una ley contraria a sus intereses, al amparo del art. 4 Reg. Roma I, que es el que fija el Derecho aplicable en defecto de autonomía de la voluntad.

100. La respuesta a estas tres cuestiones ha venido de las *normas internacionalmente imperativas* (*internationally mandatory rules*, *international zwingende Normen*) o, como las denomina el Reg. Roma I, las *leyes de policía* (art. 9)³²⁷. La idea común a todas ellas es, en esencia, muy simple: El ám-

³²⁵ Sobre estas Directivas, *vid.*, *ad ex.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

³²⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el Mercado interior europeo*, Granada, 2003, pp. 197-254.

³²⁷ *Vid.*, *ad ex.*, K. ANDEREGG, *Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht*, Tübingen, 1989; H. BATHIFOL/PH. FRANCESCakis, “L’arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie du droit international privé”, *RCDIP*, 1959, pp. 259-276; K.P. BERGER, “Die Einwirkung drittstaatlicher Eingriffsnormen auf internationale Verträge am Beispiel islamischer Zinsverbote”, en H. HERRMANN/K.P. BERGER/U. WACKERBARTH (Hrsg.), *Deutsches und Internationales Bank- und Wirtschaftsrecht im Wandel*, Berlin, New York, 1997, pp. 322-340; P. BERNARDINI, “Provvedimento di embargo nei confronti della Libia”, *DCI*, 1994, vol.VIII, pp. 355-374; G. BIAGIONI, “Articolo 9 – Norme di di applicazione necessaria in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa; M. BOGDAN, “Foreign Public Law and article 7 (1) of the Rome convention: some reflections from Sweden”, en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, pp. 671 y ss.; A. BONOMI, *Le norme imperative nel 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*, Zürich, 1998; ID., “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Zürich, 2008, pp. 217-237; P. CALLÉ, *L’acte public en droit international privé*, Paris, 2004; J.A. CARRILLO SALCEDO, “Le renouveau du particularisme en droit international privé”, *RCADI*, 1978-II, t. 160, pp. 181-263; M. Co-

ESTER, "Die Berücksichtigung fremdenzwingenden Rechts neben dem Vertragsstatut, Rechtsmethodische und -politische Überlegungen zu Art. 7 Abs.I des europäische Vertragsübereinkommens vom 16.6.1980", *ZVglRWiss*, 1983, pp. 1-30; H. COING, "Zur Anwendung zwingenden ausländischer Verträge, Artikel 7 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht", *Wertpapier Mitteilungen*, 1981, pp. 810-813; Y. DERAÏNS, "L'impact des crises politiques internationales sur les contrats internationaux et l'arbitrage commercial international", *IBLJ*, 1992-II, pp. 151-166; M.P. DIAGO DIAGO, "El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del Proceso Kimberley", *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 72-91; A. DICKINSON, "Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu?", *JPIL*, 2007, pp. 53-88; U. DRAETTA, "Interesi di mora e svalutazione monetaria", *DCI*, 1989, pp. 276-277; U. DROBNIG, "Die Beachtung von ausländischen Eingriffsgesetzen - eine Interessenanalyse", *Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden, 1985, pp. 159-179; M. ERNE, *Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen. Rechtsvergleichende Studie aus den internationalen Vertragsrecht*, Zürich, 1985; J. FETSCH, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag: die Pflicht zur Anwendung der Eingriffsnormen anderer EG-Staaten*, Tübingen, 2002; C. FORWICK, *Extraterritoriale US-amerikanische Exportkontrollen. Folgen für die Vertragsgestaltung*, Heidelberg, 1993; PH. FRANCESCAKIS, "Droit naturel et Droit international privé", en *Mélanges J. Maury*, t. I, Paris, 1960, pp. 113-152; ID., "Quelques précisions sur les 'lois d'application immédiate' et leurs rapports avec les règles de conflits de lois", *RCDIP*, 1966, pp. 1-18; ID., "Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public?", *TCFDIP*, 1966-1969, pp. 149-178; ID., "Lois d'application immédiate et droit du travail - L'affaire du comité d'entreprise de la 'Compagnie des Wagons-lits'", *RCDIP*, 1974, pp. 273-296; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, 2008; R. FREITAG, "Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO", *IPRax*, 2009, 2, pp. 109-116; J. GARCÍA LÓPEZ, "Los efectos de Derecho privado de las normas de intervención en el comercio internacional, una aproximación", *RFDUCM*, 1991/92, pp. 69-89; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción internacional*, Madrid, *Eurolex*, 1993; ID., "Las consecuencias contractuales de las sanciones económicas comunitarias, un modelo de análisis", *Gaceta Jurídica de la CEE*, 1992, pp. 221-235; A.L. GAROFALO, "Volontà delle parti e norme imperative nella convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti e nel nuovo sistema italiano di dir.int. privato", *RDIPP*, 1996, pp. 469-498; T. GIHL, "Lois politiques et droit international privé", *RCADI*, 1953-II, t. 83, pp. 163-254; P. GRAULICH, "Règles de conflit et règles d'application immédiate", en *Mélanges J. Dabin*, t. 2, Paris, 1963, pp. 629-644; I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Madrid, 1992; T.C. HARTLEY, "Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach", *RCADI*, 1997, pp. 337-426; G. VAN HECKE, "International Contracts and Domestic Legislative Policies", *Festschrift für F.A.Mann*, Munich, 1977, pp. 183-210; J.W.VAN HOME y B.A. CAPLAN, "Antiboycott Compliance", *IBLJ*, 1994-4, pp. 502-504; F. INNAMORATI, "L'esportazione di prodotti strategici, il ruolo del COCOM", *RDI*, 1992, vol. LXXV, pp. 91-119; J.L. IRIARTE ANGEL, "Transporte marítimo internacional de mercancías y normas imperativas de terceros Estados", *RGLJ*, 1989, pp. 7 ss.; A.J.E. JAFFEY, "Essential Validity of Contrats in the English Conflict of laws", *ICLQ*, 1974, pp. 1-31; J.-P. KARAQUILLO, *Étude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, 1977; R. KELLEY, "USA, contrôle du commerce et effets extraterritoriaux", *IBLJ*, 1992-II, pp. 167-188; P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Paris, 1994; B. KRATZ, *Ausländische Eingriffsnormen und inländische Privatrechtsvertrag*, Frankfurt a.M., 1986; K. KREUZER, *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten. Zum Einfluss fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte*, Heidelberg, 1986; M. KUCKEIN, *Die "Berücksichtigung" von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht*, Tübingen, 2008; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country in the European contract Conflict of Laws, the Rome Convention and the proposed Rome I Regulation*, Rijeka, 2007; I. KUNDA, "Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International Law of Contracts", *Rev. dr. priv. com.*, 2007, pp. 210-222; O. LANDO, "The Conflicts of Laws of Contracts, General Principles", *RCADI*, 1984, vol.189, pp. 225-448; ID., "The Substantive Rules in the Conflicts of Laws, Comparative Comments from the Law of Contracts", *Texas International Law Journal*, 1976, pp. 505-532; R. LEHMANN, *Zwingendes Recht dritter Staaten im internationalen Vertragsrecht. Zur Bedeutung und Anwendung des Art. 7. Abs. 1 RulPRÜ*, Frankfurt a.M., Bern, 1986; C. LOMBARDINI, "Effetti del diritto comunitario sui contratti e arbitrato del commercio internazionale", *DCI*, 1993, vol.VII, pp. 152-207; PH. MALAURIE, "Lois de police et méthodes de conflits de lois en matière de commerce extérieur", *Journées de la Société de législation comparée*, 1986, pp. 541-550; A. MARÍN LÓPEZ, "Las normas de aplicación necesaria en Derecho internacional privado", *REDI*, 1970, vol.XXI, pp. 19-35; F.A. MANN, "Contracts, Effects of Mandatory Rules", en K. LIPSTEIN (Ed.), *The harmonization of private international law by the E.E.C.*, London, 1978, pp. 31-37; P. MAYER, "Les lois de police étrangères", *JDI Clunet*, 1981, vol.XXVII, pp. 277-345; P. MENGGOZZI, "La Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il notaio e le norme di applicazione necessaria", *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1984, pp. 165-181 (también en Consiglio nazionale..., pp.265-284); ID., "Norme di applicazione necessaria e progetto di convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (La Conflict of Laws Revolution attraverso l'oceano)", *Archivio giuridico F.Serafini*, 1979, pp. 3-41; B. MERCADAL, "Ordre public et contrat international", *Droit et pratique du commerce international*, 1977, pp. 457-472; L. MIGLIORINO, "Applicazione extra-territoriale della legislazione degli Stati Uniti sul controllo dell'esportazione della tecnologia", *DCI*, 1990, pp. 225-244; ID., "Decisioni del Consiglio di sicurezza e provvedimenti nazionali di blocco dei beni di Stati di Stati stranieri", *RDIPP*, 1993, pp. 617-634; H. MUIR WATT, "Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois?)", *Archives de philosophie du droit*, t. 41, 1997, pp. 207-214; K.H. NEUMAYER, "Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé", *RCDIP*, 1957, pp. 579-604 y 1958, pp. 53-78; R. DE NOVA, "Norme autolimitate e autonomia delle parti", *DI*, 1971, vol.25, pp. 239-252; G. PAU, "Le norme imperative nella convenzione CEE", *RDI*, 1982, vol.LXV, pp. 868-872; J.A.. PÉREZ BEVIÁ, "Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *REDI*, 1982, vol. XXXIV, pp. 99-124; Y.P. QUINTIN, "Transferts de technologie et application extra-territoriale des contrôles sur les exportations américaines à la lumière de l'Export Administration Act de 1985", *RCDIP*, 1987, pp. 493-521; L.G. RADICATI DI BROZOLO, "Mondialisation,

bito de aplicación de la ley rectora del contrato puede verse restringido como consecuencia de la necesidad de tener en cuenta determinadas normas imperativas de otros ordenamientos –ya que, si pertenecieran al estatuto contractual, deberían ser aplicadas sin mayor problema– vinculadas con el supuesto.

La expresión *norma imperativa* debe ser aclarada; porque se utiliza, al menos, con dos acepciones parcialmente coincidentes. A veces, se habla de normas imperativas de orden interno; es decir, normas a las que no pueden renunciar ni ser objeto de acuerdo en contra por las partes (normas imperativas *en sentido doméstico*, *zwingende Normen*). Otras, se habla de normas imperativas de orden internacional para referirse a aquellas normas tan rigurosamente obligatorias que deben ser aplicadas incluso a las situaciones privadas internacionales (normas imperativas *en sentido internacional*, *international zwingende Normen*) (B. AUDIT, R. FREITAG)³²⁸.

101. El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales dedicó el art. 7 a las normas internacionalmente imperativas. De él procede el actual art. 9 Reg. Roma I. Entre una y otra norma existen, no obstante, significativas diferencias.

2. Las “leyes de policía”: Concepto y delimitación.

102. En primer lugar, el Reg. Roma I ha procedido a cubrir una laguna del Convenio de Roma de 1980, suministrando un concepto de leyes de policía. El art. 9.1 Reg. Roma I define las *leyes de policía*: “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”.

jurisdiction, arbitrage : vers des règles d’application seminécessaire ?”, *RCDIP*, 2003, pp. 1-36; R. RADTKE, “Schuldstatut und Eingriffsrecht. Systematische Grundlagen der Berücksichtigung von zwingenden Recht nach deutschem IPR und dem EG-Schuldvertragsübereinkommen”, *ZVglRWiss.*, 1985, pp. 325-357; O. REMIEN, “Foreign Trade in a Conflicts of Law Perspective, On the International Reach of Export and Import Restrictions”, *RabelsZ.*, 1990, pp. 478-480; B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris, 2008; G.P. ROMANO, “Le choix des Principes UNIDROIT par les contractans à l’épreuve des dispositions impératives”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 473-495; M. SCHUBERT, “Internationale Verträge und Eingriffsrecht - Ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrechts”, *RIW*, 1987, pp. 729-746; J.C. SCHULTZ, “Dutch Antecedents and Parallels to article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980”, *RabelsZ.*, 1983, pp. 267-283; ID., “Les lois de police étrangères”, *TCFDIP*, 1982-1984, pp. 40-62; K. SCHURIG, “Mandatory Law, Interventionist Norms and New Conflicts Law”, *RabelsZ.*, 1990, pp. 217-250; A.K. SCHYNDER, “Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte, Überlegungen zu einem Grundsatzentscheid des Schweizer Bundesgerichts”, *RabelsZ.*, 1995, pp. 293-308; K. SIEHR, “Foreign Interventionist Rules in National Economic Conflict Law”, *RabelsZ.*, 1988, pp. 41-103; G. SPERDUTI, “Les lois d’application nécessaire en tant que loi d’ordre public”, *RCDIP*, 1977, pp. 257-270; M.E. STORME, “Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract law”, *European Review of Private Law*, 15, 2, 2007, pp. 233-250; G. STRAUBE, *Sozialrechtliche Eingriffsnormen im Internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main, 2001; K. THORN, “Eingriffsnormen”, en F. FERRARI/S. LEIBLÉ (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, pp. 129-149; T. TREVES, “Norme imperative e di applicazione necessaria nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980”, *RDIPP*, 1983, vol. XIX, pp. 25-41; C. VACCÀ, “Il Regolamento CEE n.3541/1992 concernente le richieste irachene relative ai rapporti contrattuali soggetti ad embargo”, *DCI*, 1993, vol. VII, pp. 243-248; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “L’ordre public dans les contrats internationaux en Europe, sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, en *Mélanges Philippe Malaurie*, 2005, pp. 393-411; G. VENTURINI, “Le sanzioni economiche italiane contro l’Irak”, *RDIPP*, 1990, pp. 909-917; J. VIROLE, “Les mesures françaises d’embargo à l’encontre de l’Irak (1990-1991)”, *IBLJ*, 1992-II, pp. 137-150; W. WENGLER, “Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie”, *ZVglRWiss.*, 1941, pp. 168-212; M. ZEPPEFELD, *Die allseitige Anknüpfung von Eingriffsnormen im internationalen Wirtschaftsrecht*, Berlin, 2001; K. ZWEIGERT, “Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote”, *RabelsZ.*, 1942, pp. 283-307; ID., “Droit international privé et droit public”, 1965, pp. 645-666.

³²⁸ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 156, nota 1; R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 370-439, conccr. pp. 371-372. Sobre las distintas denominaciones con que se conoce a este tipo de normas (*internationally mandatory rules*, *overriding mandatory rules*, *peremptory rules*, *spatially conditioned internal rules*, *lois d’application immédiate*, *règles d’application immédiate*, *lois de police*, *lois d’application immédiate*, *norme di applicazione necessaria*, *norma autolimitata*, *norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia*, *normas materiales imperativas*, *leyes de aplicación inmediata*, *leyes de policía*, *Exclusivnormen*, *Eingriffsnormen*, *international zwingende Normen*, *Normen mit unmittelbarer Geltung*, etc.), *vid.*, *ad ex.*, I. KUNDA, *Internationally mandatory rules...*, pp. 19-36.

103. Aunque la noción de ley de policía que ofrece el art. 9.1 Reg. Roma I no sea original, se trata de un *unicum* en el Derecho comparado que tiene *tres efectos* (A. BONOMI):

1º) Un *efecto clarificador* de la significación y alcance de la noción de leyes de policía, en especial para los juristas no especializados en DIPr. (= un subconjunto de la categoría más general de las normas imperativas, cuya característica fundamental es que están destinadas a proteger valores jurídicos a los que no puede renunciar el ordenamiento jurídico al que pertenecen).

2º) Un *efecto disuasivo* para los tribunales de los Estados miembros (= éstos no podrán recurrir a ellas mecánicamente para derogar las normas de conflicto empleadas por el Reg. Roma I, sino que tendrán que aplicarlas restrictivamente, en presencia de circunstancias excepcionales, cuando estén en juego valores cruciales para la organización política, social o económica del Estado).

3º) Un *efecto de uniformización* frente a las nociones de leyes de policía que pudieran existir en los Estados miembros de la UE (= es una noción comunitaria, uniforme y autónoma susceptible de suscitar una cuestión prejudicial ante el TJCE)³²⁹.

104. Cabe observar, ante todo, que la *noción de leyes de policía* (*overriding mandatory provisions, internationally mandatory provisions, lois de police*) es común a las normas imperativas del foro y a las de terceros Estados. Tanto en un caso como en otro, se trata de normas –también denominadas normas materiales imperativas, de aplicación necesaria, de orden público, etc.– que, por proteger intereses fundamentales del Estado se aplican en todo caso, aun en las situaciones privadas internacionales, con independencia del ordenamiento normalmente competente designado por la norma de conflicto³³⁰. Tales normas pueden tener un origen internacional y estar contenidas en un tratado –como, *ad ex.*, el Convenio de Bruselas de 25 agosto 1924 y los Protocolos que lo desarrolla y actualizan– o un origen interno³³¹. Este tipo de normas suele tener dos grandes finalidades, que en ocasiones se entrelazan: una es la de protección a grupos sociales que son merecedores de las mismas –trabajadores, consumidores, menores, etc.– y otra es la dirigida a tutelar los intereses económicos y sociales de la comunidad –control de cambios, libre competencia, etc.–³³².

105. El hecho de que el Reglamento Roma I, a diferencia del Convenio de Roma de 1980, defina las leyes de policía no obedece a un prurito de erudición ni a una veta docente, sino al deseo de asegurar la *uniformidad del Derecho comunitario*: Si no lo hubiera hecho, existiría el riesgo de que se hubiera dejado esta tarea a los tribunales de los Estados miembros y reapareciesen así las diferentes tradiciones nacionales y, con ellas, los consabidos problemas de calificación o *colisiones latentes* de que hablara F. KAHN. Pero no sólo ha conjurado el peligro de interpretaciones divergentes, sino que, además, ha marcado la diferencia entre *normas internacionalmente imperativas* y *normas imperativas* de Derecho interno. A estas últimas se refiere el considerando 37 Reg. Roma I, cuando explica que “Consideraciones de interés público justifican en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. El concepto de ‘leyes de policía’ debe distinguirse de la expresión ‘disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo’ y debe interpretarse de manera más restrictiva”³³³.

106. El *origen inmediato* de la noción de *leyes de orden público* empleada por el art. 9 Reg. Roma I es *comunitario* y se encuentra en el *caso Arblade*. En efecto, la STJCE 23 noviembre 1999, *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL, y Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL*, C-369/96 y C-376/96, *Rec.*, p. I-8453, apartado 30, había aclarado que la expresión *leyes de policía y de seguridad* “se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de

³²⁹ A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich*, 2008, pp. 217-237, concr. pp. 224-228.

³³⁰ *Vid.*, *ad ex.*, A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito internacional privado. Esboço de uma teoria geral*, dos vols., Coimbra, 1991.

³³¹ J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Transporte marítimo internacional de mercancías y normas imperativas de terceros Estados”, *RGLJ*, 1989, pp. 7-28

³³² G. FARJAT, *L’ordre public économique*, Paris, 1963.

³³³ *Vid.* H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008...”, pp. 36-37.

la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él”³³⁴. Dichas disposiciones, en todo caso, no pueden ser contrarias al Derecho comunitario: “La pertenencia de las normas nacionales a la categoría de leyes de policía y de seguridad no las exime del respeto a las disposiciones del Tratado, so pena de vulnerar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Éste sólo puede tomar en consideración los motivos en que se sustentan dichas legislaciones a la luz de las excepciones a las libertades comunitarias expresamente previstas por el Tratado y, en su caso, como razones imperativas de interés general” (STJCE 23 noviembre 1999, *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL, y Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL, C-369/96 y C-376/96, Rec.*, p. I-8453, apartado 31).

107. A la luz del Reg. Roma I es posible proceder a *dos operaciones interpretativas*:

1ª) *Caracterizar las leyes de policía*. Como han señalado S. POILLOT-PERUZZETTO y K. THORN, la definición de ley de policía requiere un *elemento estructural* (disposición imperativa, *zwingende Vorschrift*), un *elemento funcional* (una aplicación exigida, cualquiera que sea la ley aplicable, cuando la situación entra en su campo de aplicación, *internationaler Geltungsanspruch*) y un *elemento material* (el interés público reflejado en la organización política, social o económica, *Vorschriften mit individueller Zielrichtung*)³³⁵.

2ª) *Diferenciar las normas imperativas (= normas de orden público interno) (dispositions simples impératives, mandatory provisions) de las leyes de policía (= normas de orden público internacional) (internationale mandatory provisions, dispositions internationalement impératives)*. Toda ley de policía es una norma imperativa; pero no toda norma imperativa es una ley de policía. De manera semejante, toda *norma de orden público internacional* es una norma imperativa; pero no toda *norma de orden público interno* (= conjunto de normas imperativas de un ordenamiento jurídico [*ad ex.*, las normas sucesorias que regulan las legítimas]) es una norma de orden público internacional (= considerado éste como un Derecho super-imperativo o conjunto de normas imperativas de un ordenamiento jurídico interno absolutamente irrenunciables, incluso en presencia de una situación privada internacional [*ad ex.*, en las sociedades occidentales, las normas que expresan el carácter monogámico del matrimonio])³³⁶. Se trata, pues, de una imperatividad internacional y no de una imperatividad meramente interna (B. AUDIT)³³⁷. Dentro de las normas imperativas internacionales cabe tanto un número indeterminado de disposiciones de Derecho público como normas de Derecho privado que señalan su ámbito de aplicación de manera expresa y con carácter exorbitante (B. AUDIT)³³⁸. Por el contrario, no es fácil determinar cuándo una norma es internacionalmente imperativa, si no delimita expresamente su ámbito de aplicación ni ha sido despejada esta cuestión por un precedente jurisprudencial³³⁹.

108. Conviene, por otra parte, no confundir el *orden público* y las *leyes de policía*, por más que ambos sirvan para la protección de una política legislativa³⁴⁰. Es cierto que, en ocasiones, los tribunales

³³⁴ Vid. el comentario a esta sentencia de M. FALLON, *RCDIP*, 2000, pp. 710-737; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 142-145. Poco tiempo después, la STJCE 15 marzo 2001, *André Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SARL, C-165/98, Rec.*, p. I-2189, apartados 22-26, recurrió de nuevo a la noción de leyes de policía.

³³⁵ S. POILLOT-PERUZZETTO, “Le règlement Rome I...”, *concr.* p. 10; K. THORN, “Eingriffsnormen”, *concr.* pp. 131-135. Para un análisis muy completo de los aspectos sustantivos de las normas internacionalmente imperativas, *vid.* I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 121-205.

³³⁶ *Vid.*, *ad ex.*, en este sentido, la sentencia de la Corte de casación francesa 10 julio 1992, *Air Afrique*, en *RCDIP*, 1994, p. 69, con nota de B. AUDIT, que declara que la ley francesa sobre el despido de un trabajador no protegido es una ley de orden público interno, pero no es una norma de aplicación inmediata.

³³⁷ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 703.

³³⁸ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 703.

³³⁹ B. AUDIT, *Droit international privé*, pp. 703-704.

³⁴⁰ *Vid.* S. BRÜNING, *Die Beachtlichkeit des fremden ordres public*, Berlin, 1997; A. BUCHER, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *RCADI*, 1993-II, t. 239, pp. 9-116; P. COURBÉ, “L’ordre public de proximité”, en *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, pp. 227-239; P. HAMMJE, “Droits fondamentaux et ordre public”, *RCDIP*, 1997, pp. 1-31; T.H. HEALY, “Théorie générale de l’ordre public”, *RCADI*, 1925-IV, t. 9, pp. 411-557; P. LAGARDE, *Recherches sur l’ordre public en droit international privé*, Paris, 1959; *Id.*, “Public Policy”, en K. LIPSTEIN (Dir.), *International Encyclopedia of comparative Law*, vol. III, Chap. 11, 1994; J. MAURY, *L’éviction de la loi normalement compétente: l’ordre public international et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952; F. MOSCONI, “Exceptions to the Operation of Choice of Law rules”, *RCADI*, 1989-V, t. 217, pp. 9-214.

designan a éstas como *leyes de orden público*: con ello, quieren decir que ciertas normas jurídicas son aplicables, no obstante la existencia de una norma de conflicto, a todas las situaciones privadas internacionales localizadas en su territorio. Pero no es menos cierto que entre ambas instituciones existen *importantes diferencias*:

1ª) La denominada *excepción de orden público internacional* es un mecanismo de salvaguarda de principios jurídicos fundamentales del foro que permite descartar, en un caso concreto, la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto: Es una reacción ante el *contenido de una ley extranjera* que sólo procede *después* de que la norma de conflicto haya operado.

2ª) Por el contrario, en el supuesto de las *leyes de policía*, es posible verificar la aplicación imperativa de la ley del foro, pese a la competencia eventual de una ley extranjera. Ahora bien, no es una reacción ante el contenido de una ley extranjera lo que justifica este resultado, sino la *imperatividad particular de la ley del foro* (B. AUDIT)³⁴¹. Es un fenómeno frecuente con el desarrollo del Estado social: en general, el Estado interviene en materia social y económica mediante la promulgación de una pluralidad de normas que constituyen el denominado *orden público económico*. El Estado pretende asegurar éste, con una *economía de razonamiento*: Cuando las situaciones privadas internacionales están comprendidas en el ámbito de aplicación de sus leyes de policía, los tribunales recurren a éstas, al margen de cuanto pueda disponer una norma de conflicto bilateral. De ahí que también se las denomine *leyes de aplicación inmediata* (P. FRANCESCAKIS).

109. Históricamente las *leyes de policía* constituyeron una manifestación del *particularismo jurídico*³⁴². Eran un reflejo de las peculiaridades de los ordenamientos jurídicos nacionales. Nada impide, sin embargo, que, como consecuencia de reformas legislativas paralelas o de procesos de integración supranacional, las legislaciones de diversos Estados se aproximen y, por tanto, compartan los mismos puntos de vista sobre el orden público económico. En el caso de la UE, varios casos resueltos por el Tribunal de Justicia han mostrado cómo el orden público económico puede tener una *inspiración comunitaria* (STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Rec.*, p. I-3055 [= reconocimiento de un laudo arbitral extranjero]; STJCE 9 noviembre 2000, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, C-381/98, *Rec.*, p. I-9305 [=indemnización, según Directiva de 1986, a los agentes comerciales tras el cese de su contrato])³⁴³. *Ejemplo*: En este último caso, Eaton, una empresa constituida en California, designó a Ingmar,

³⁴¹ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 270.

³⁴² Sobre las raíces históricas de esta técnica normativa, *vid.*, *ad ex.*, I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 36-57.

³⁴³ Sobre el caso *Eco Swiss*, *vid.*, *ad ex.*, A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, t. I (*Parte General: La competencia*), Madrid, 2009, pp. 659-660 e I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 257-261 y los comentarios de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia", *La Ley*, vol. 5, 1999, pp. 1893-1898; A. MOURRE, "Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt *Eco Swiss* de la Cour de Justice des Communautés européennes", *Cahiers de l'arbitrage*, vol. 1, 2002, pp. 77-82; S. POILLOT-PERUZZETO, "L'ordre public international en droit communautaire: à propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1er juin 1999 (*Aff. Eco Swiss China Time Ltd*)", *JDI Clunet*, 2000, p. 299-313; y C. PRIETO, *JDI Clunet*, 2000, p. 505. Para el caso *Ingmar*, *vid.*, *ad ex.*, los comentarios de H. AGUILAR GRIEDER, "Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I", *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 19-35, *concr.* p. 31; T. BALLARINO, "Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto", *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 5-18, *concr.* pp. 10 y 16; L. BERNARDEAU, "Droit communautaire et lois de police – À la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98", *JCP*, 2001.I.328; A. FONT I SEGURA, "Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 de septiembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar Gb Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*)", *Revista de Derecho comunitario europeo*, vol. 5, n° 9, 2001, pp. 259-279; R. FREITAG/S. LEIBLE, "Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie – Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?", *RIW*, 47, 2001, pp. 287-295; L. IDOT, *RCDIP*, 2001, pp. 107-120; E. JAYME, "Zum internationalen Geltungswillen der europäischen Regeln über den Handelsvertreterausgleich", *IPRax*, 2001, 3, pp. 190-191; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 135-142; O. LANDO, "The territorial scope of application of the EU Directive on self-employed commercial agents", en *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhaes Collaço*, vol. I, Coimbra, 2002, pp. 249-261; R. MICHAELS/H.G. KAMANN, "Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts - 'Amerikanisierung' des Gemeinschafts-IPR?", *EWS*, 12, 7, 2001, pp. 301-311; S. SCHWARZ, "Das international Handelsvertreter im Lichte von 'Ingmar' – Droht das Ende der Parteiautonomie im Gemeinschaftsprivatrecht?", *ZVglRWiss*, 101, 1, 2002, pp. 45-74; A. STAUDINGER, "Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Hausturwiderrufs- und Produkthaftungsrichtlinie", *NJW*, 54, 2.1, 2001, pp. 1974-1978; H.L.E. VERHAGEN, "The tension between party autonomy and European union law: some observations on *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.*", *JCLQ*, 51, 2002, pp. 135-154. En general, *vid.*,

empresa constituida en el Reino Unido, como su agente comercial en territorio británico. Las partes sometieron el contrato de agencia comercial a la ley de California. Tras el cese del contrato, se planteó la obligación de indemnización por clientela, que la normativa californiana no contemplaba. El TJCE consideró que los arts. 17 y 18 de la Directiva de 18 diciembre 1986 sobre los agentes comerciales independientes debían aplicarse, dado que la actividad de Ingmar se había desarrollado en territorio comunitario, con el fin de que no se distorsionase la competencia con los agentes comerciales que estuviesen sometidos a la ley de un Estado comunitario³⁴⁴.

110. La doctrina suele admitir la existencia de *dos tipos* de normas internacionalmente imperativas:

1º) *Normas de protección*. Son normas que protegen la situación de ciertos colectivos situados en una “posición contractual débil” –trabajadores, consumidores, menores, etc.– y que tratan de “restablecer el equilibrio” entre los contratantes.

2º) *Normas de dirección*. Son normas que protegen intereses generales o públicos, aunque las normas se dirijan a los sujetos privados. Éste es el caso, *ad ex.*, de las normas que protegen el acceso al mercado de los operadores económicos (normas *antitrust*), de las normas de control de sectores económicos estratégicos o especialmente protegidos –transferencia de tecnología, patrimonio histórico–, normas sobre control de la economía nacional –normas sobre inversiones extranjeras, control de cambios, etc.–, normas dictadas en cumplimiento de objetivos de política exterior –prohibición del comercio internacional con Estados determinados, nacionalizaciones, etc.–, normas de protección del medio ambiente –como las que regulan el comercio de especies protegidas–, etc. *Ejemplo 1*: Constituyen una clara muestra de normas internacionalmente imperativas de origen comunitario las disposiciones contenidas en determinados reglamentos comunitarios que impiden a entidades bancarias y compañías aseguradoras realizar ciertas operaciones con determinadas personas buscadas por crímenes contra la humanidad –caso, *ad ex.*, del serbio MILOSEVIC y las personas de su entorno (Reglamento CE nº 2488/ 2000 del Consejo de 10 noviembre 2000 y Reglamento CE nº 1205/2001 de la Comisión de 19 junio 2001)– u objetivo de la lucha contra el terrorismo internacional –caso, *ad ex.*, de OSAMA BIN LADEN o los talibanes de Afganistán (Reglamento CE nº 2580/2001 del Consejo de 27 diciembre 2001)–. *Ejemplo 2*: Otras veces las normas internacionalmente imperativas decretan el embargo contra un determinado país; es decir, la prohibición de comerciar en general o, más frecuentemente, de comerciar con determinados bienes procedentes (*ad ex.*, petróleo) o destinados (*ad ex.*, armas) a ciertos países –caso, *ad ex.*, de los embargos comerciales ordenados contra Libia (Reglamento CEE nº 3275/93 de 29 noviembre 1993), Sierra Leona (Reglamento CE nº 1745/2000 del Consejo de 3 agosto 2000), Somalia (Reglamento CE nº 147/2003 del Consejo de 27 enero 2003), Sudán (Reglamento CE nº 131/2004 del Consejo de 26 enero 2004) y Liberia (Reglamento CE nº 234/2004 del Consejo de 10 febrero 2004)³⁴⁵. *Ejemplo 3*: Para proteger su identidad cultural o, más exactamente, su patrimonio histórico, algunos Estados dictan una normativa que determina la ley aplicable a los bienes culturales, con independencia de cuál sea la ley rectora de los contratos internacionales mediante los cuales sus propietarios pretendan transferirlos: *grosso modo*, instauran la obligación de solicitar autorización para la exportación de dichos bienes, el derecho de adquisición preferente del Estado y la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los exportados ilegalmente. En el caso de España, conviven una normativa estatal –el art. 29 LPH–, una normativa comunitaria – la Directiva CEE 93/7/CEE de 15 marzo (restitución de bienes culturales que han salido de forma ilegal del

ad ex., C. FERRY, “Contrat international d’agent commercial et lois de police”, *JDI Clunet*, 1993, pp. 299-307; M. FISCHER, “Der Handelsvertreter im deutschen und europäischen Recht”, *ZVglRWiss*, 101, 2, 2002, pp. 143-157; A. NUYTS, “L’application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)”, *RCDIP*, 1999, pp. 31-74 y 245-265; É. PATAUT, “Lois de police et ordre juridique communautaire”, en A. FUCHS/H. MUIR WATT/É. PATAUT (Dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, pp. 117-143; S. POILLOT-PERRUZZETO, “Ordre public et lois de police dans l’ordre communautaire”, *TCFDIP*, 2002-2005, pp. 65-116.

³⁴⁴ Por el contrario, la sentencia de la Corte de casación francesa, Sala de lo comercial, 28 noviembre 2000, texto en *JDI Clunet*, 2001, p. 511, con nota de J.-M. JACQUET, sostuvo que la Ley francesa de 25 junio 1991, que transponía la Directiva de 18 diciembre 1986, era una ley de orden público interno, pero no una ley de policía en el orden internacional.

³⁴⁵ *Vid.*, *ad ex.*, E.L. HIRSCHHORN, *The export control and embargo handbook*, 2ª ed., Dobbs Ferry, N.Y., 2005; E.-J. MESTMÄCKER/C. ENGEL, *Das Embargo gegen Irak und Kuwait: Entschädigungsansprüche gegen die Europäische Gemeinschaft und gegen die Bundesrepublik Deutschland - ein Rechtsgutachten*, Baden-Baden, 1991; N.C. NEUMANN, *Internationale Handelsembargos und privatrechtliche Verträge*, Baden-Baden, 2001.

territorio de un Estado miembro) y el Reglamento 116/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la exportación de bienes culturales.– y una normativa internacional –el Convenio UNIDROIT de 24 junio 1995 sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente–³⁴⁶.

111. La relación entre las normas de conflicto contenidas en el Convenio de Roma de 1980 y las normas de conflicto contenidas en las legislaciones de los Estados miembros planteó un *problema clásico*: ¿Podían los Estados miembros, una vez fueran partes en el Convenio de Roma de 1980, introducir nuevas normas de conflicto en su ordenamiento jurídico para grupos especiales de contratos que estuvieran incluidos en el ámbito material del Convenio de Roma? Existía el riesgo de que se desdificase unilateralmente. Existía también el peligro de que el Convenio multilateral “congelase” la normativa e impidiese que nuevas normas de conflicto, mejor concebidas y probablemente útiles como banco de pruebas para una revisión del Convenio de Roma, muriesen antes de nacer. Para conjurar esta contingencia, se dispuso el mecanismo previsto por el art. 23 del Convenio de Roma. Ahora bien, cabía preguntarse si la solución era la misma para las leyes de policía: ¿Podía un Estado miembro, vinculado por el Convenio de Roma, dictar con posterioridad una ley de policía que interfiriese en el Derecho declarado aplicable por una norma de conflicto convencional? Los criterios de interpretación literal, histórica y teleológica conducen a una misma solución: El Estado miembro era libre de dictar una normativa que era de importancia vital para su organización política, social o económica. El ejemplo de ley de policía frecuentemente sometida a cambios más común fue, durante mucho

³⁴⁶ *Vid., ad ex.*, C. ARMBRÜSTER, “La revendication de biens culturels du point de vue du droit international privé”, *RCDIP*, 93, 4, 2004, pp. 723-744; T. ARMBRÜSTER, *Rückerstattung der Nazi-Beute: die Suche, Bergung und Restitution von Kulturgütern durch die westlichen Alliierten nach dem Zweiten Weltkrieg*, Berlin, 2008; S. BAUFELD, *Kulturbeschlagnahmen in bewaffneten Konflikten, ihre Rückabwicklung und der deutsch-russische Streit um die sogenannte Beutekunst*, Frankfurt am Main, 2005; J. BERNDT, *Internationaler Kulturgüterschutz: Abwanderungsschutz, Regelungen im innerstaatlichen Recht im Europa- und Völkerrecht*, Köln, 1998; Q. BYRNE-SUTTON (Ed.), *Les objets d’art dans l’Union Européenne: aspects juridiques et pratiques; actes d’une rencontre organisée le 27 septembre 1993*, Zürich, 1994; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Colex, Madrid, 2007; A.L. CALVO CARAVACA/C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Derecho a la cultura versus comercio internacional de obras de arte”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIV, n.º 705, 2008, pp. 195-219; A.L. CALVO CARAVACA, “Private international law and the Unidroit convention on 24th June 1995 on stolen or illegally exported cultural objects”, en *Festschrift für Erik Jayme*, München, 2004, pp. 277-294; J. CANDRIAN, *L’immunité des Etats face aux droits de l’homme et à la protection des biens culturels: immunité de juridiction des Etats et droits de l’homme, immunité d’exécution des Etats et de leurs biens culturels*, Zurich, 2005; G.A.L. DROZ, “La convention d’UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)”, *RCDIP*, 1997, pp. 239-290; J. EL-BITAR, *Der deutsche und der französische Kulturgüterschutz nach der Umsetzung der Kulturgüterrückgabe-richtlinie: eine materiellrechtliche und kollisionsrechtliche Untersuchung*, Frankfurt am Main, 2007; K. FACH GÓMEZ, “Algunas consideraciones en torno al Convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente”, *AEDIP*, 2004, pp. 237-259; M.M. FRANZ, *Zivilrechtliche Probleme des Kulturgüterausstausches*, Frankfurt am Main, 1996; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La loi applicable au transfert de la propriété des biens culturels: spécialisation et matérialisation des règles du droit international privé”, en *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Coimbra, 2002, pp. 187-208; M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali: diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2001; G.H. GORNIG (Hrsg.), *Kulturgüterschutz: internationale und nationale Aspekte*, Berlin, 2007; A. HALSDORFER, *Privat- und kollisionsrechtliche Folgen der Verletzung von Kulturgüterschutznormen auf der Grundlage des UNESCO-Kulturgüterübereinkommens 1970*, Frankfurt am Main, 2008; A. JAEGER, *Internationaler Kulturgüterschutz: Rechtslage, Rechtspraxis, Rechtsentwicklung*, Köln, 1993; E. JAYME, *Nationales Kunstwerk und Internationales Privatrecht. Vorträge, Aufsätze, Gutachten*, Heidelberg, 2000; Id., “Il salvacondotto delle opere d’arte prestate dall’estero: problemi di Diritto internazionale privato”, en A.L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, pp. 11-22; O.R. KURPIERS, *Die lex originis-Regel im internationalen Sachenrecht – Grenzüberschreitende privatrechtliche Ansprüche auf Herausgabe von abhanden gekommenen und unrechtmässig ausgeführten Kulturgütern*, Frankfurt am Main, 2005; A. MÜLLER-KATZENBURG, *Internationale Standards im Kulturgüterverkehr und ihre Bedeutung für das Sach- und Kollisionsrecht*, Berlin, 1996; R. O’KEEFE, *The protection of cultural property in armed conflict*, Cambridge, 2006; K. ODENDAHL, *Kulturgüterschutz: Entwicklung, Struktur und Dogmatik eines ebenenübergreifenden Normensystems*, Tübingen, 2005; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Adhesión de España al Convenio de Unidroit sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente de 1995”, *REDI*, 2003-I, vol. LV, pp. 573-577; K. SIEHR, “International Art Trade and the Law”, *RCADI*, 1993, vol. 243, pp. 9-292; E. SPINELLIS, *Das Vertrags- und Sachenrecht des internationalen Kunsthandels: zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der Eingriffsnormen im heutigen internationalen Rechtsverkehr*, Osnabrück, 2000; G. STRAUCH, *Rechtsverhältnisse an Kulturgütern im internationalen Sachenrecht*, Berlin, 2007; B. THORN, *Internationaler Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT-Konvention*, Berlin, 2005; A. WEIDNER, *Kulturgüter als res extracommercium im Internationalen Sachenrecht*, Berlin, Gruyter, 2001; M. WELLER/N.B. KEMLE/P.M. LYNEN (Hrsg.), *Kulturgüterschutz – Künstlerschutz: Tagungsband des Zweiten Heidelberger Kunstrechtstags am 5. und 6. September 2008 in Heidelberg*, Baden-Baden, 2009; V. WIESE, *Der Einfluss des EG-Rechts auf das Internationale Sachenrecht der Kulturgüter*, Tübingen, 2005.

tiempo, el de la normativa de control de cambios. Los cambios de coyuntura económica llevaron a los Estados miembros a dictar unilateralmente una abundante y, muchas veces, compleja normativa sobre control de cambios dirigida a tutelar el sistema monetario nacional y el equilibrio de la balanza de pagos³⁴⁷.

En la actualidad, la pregunta de si los Estados pueden dictar unilateralmente leyes de policía que interfirieran en las normas de conflicto comunitarias sigue conservando interés. Pero la respuesta es bien diferente. En efecto, ha habido dos cambios. Por una parte, al menos en los últimos treinta años, el Derecho comunitario se ha orientado hacia un profundo liberalismo jurídico: un neoliberalismo que se ha traducido en el respeto de las libertades comunitarias, que han avanzado a medida que retrocedían sus restricciones. Nunca como hasta ahora había sido el Derecho comunitario un Derecho de libertades como lo es hoy. Por otra parte, las normas de conflicto para los contratos internacionales han sido comunitarizadas por el Reg. Roma I y, como es bien sabido, la primacía del Derecho comunitario (*Anwendungsvorrang*) se predica –principal, aunque no exclusivamente– de este tipo de normas. Cabe, pues, seguir interrogándose sobre el alcance de la potestad normativa de los Estados. La mejor doctrina reconoce a los Estados dicha facultad –pueden, pues, dictar leyes de policía–, pero la subordina al cumplimiento de *tres condiciones*: que sea absolutamente imprescindible para salvaguardar los intereses políticos, sociales o económicos del Estado (= que la aplicación de la normativa comunitaria no los tutele debidamente [*principio de necesidad*]), que sea proporcionada al objetivo que se pretende alcanzar (= *principio de proporcionalidad*) y, por último, que no restrinja injustificadamente las libertades comunitarias³⁴⁸.

112. Cuestión distinta es el *régimen jurídico* al que el Reg. Roma I somete a las leyes de policía:

1º) Sólo es una ley de policía aquella disposición “cuya observancia un país considera esencial [...]” (art. 9.1 Reg. Roma I). El Convenio de Roma era más exigente: podía darse efecto, como leyes de policía, a disposiciones imperativas de otros país “con el que la situación presente un vínculo estrecho [...]” (art. 7.1 Convenio de Roma de 1980). B. AUDIT ha explicado las razones por las que la nueva normativa supone

³⁴⁷ W. BRAUN, *Vertragliche Geldwertsicherung im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr*, Berlin, 1982; W.F. EBKE, *Internationales Devisenrecht*, Heidelberg, 1990; ID., “Das internationale Devisenrecht im Spannungsfeld völkerrechtlicher Vorgaben, nationaler Interessen und parteiautonomer Gestaltung”, *ZVglRWiss*, 100, 4, 2001, pp. 365-395; W. DÜRCKES/L. FELLER, *Wertsicherungsklauseln*, 9ª ed., Heidelberg, 1982; G. ERTL, *Inflation, Privatrecht und Wertsicherung*, Wien, 1980; R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 370-439, concr. pp. 408-413; H. GROTHE, *Fremdwährungsverbindlichkeiten: das Recht der Geldschulden mit Auslandsberührung; Kollisionsrecht – materielles Recht - Verfahrensrecht*, Berlin, 1999; H.J. HAHN, *Das Geld im Recht*, Baden-Baden, 1986; ID., *Währungsrecht*, München, 1990; A. HARZ, *Die Schutzklauseln des Kapital- und Zahlungsverkehrs im EWG-Vertrag*, Köln, 1985; B. KLEINER, *Internationales Devisen-Schuldrecht: Fremdwährungs-, Euro- und Rechnungseinheitsschulden. Mit Mustertexten*, Zürich, 1985; U. REUTER, *Fremdwährung und Rechnungseinheiten im Grundbuch*, Frankfurt am Main, 1992; U. UNTEREGGE, *Ausländisches Devisenrecht und internationale Kreditverträge*, Heidelberg, 1991.

³⁴⁸ *Vid., ad ex.*, J. BASEDOW, “Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis”, *RabelsZ*, 1995, pp. 1-55; E. BRÖDERMANN/H. IVERSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994; W. DRASCH, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht: Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- Wettbewerbsstatut*, Baden-Baden, 1997; M. FALLON, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté européenne”, *RCADI*, 1995, t. 253, pp. 9-282; J. FETSCH, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag: die Pflicht zur Anwendung der Eingriffsnormen anderer EG-Staaten*, Tübingen, 2002; A. FURRER, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext: das europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht*, Bern, 2002; M. GEBAUER, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts: eine Untersuchung nationaler Ansätze unter Berücksichtigung des italienischen und des deutschen Rechts*, Heidelberg, 1998; U. HÖPPING, *Auswirkungen der Warenverkehrsfreiheit auf das IPR: unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Produkthaftungsrechts und des Internationalen Vertragsrechts*, Frankfurt am Main, 1997; I. KLAUER, *Europäisierung des Privatrechts: der EuGH als Zivilrichter*, Baden-Baden, 1998; É. PATAUT, “Lois de police et ordre juridique communautaire”, en A. FUCHS/H. MUIR WATT/É. PATAUT (Dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, pp. 117-143; L. RADICATI DI BROZOLO, “L’influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation”, *RCDIP*, 1993, pp. 401-424; F. RIGAUX, “Droit international privé et droit communautaire”, en *L’internationalisation du droit. Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 341-354; W.H. ROTH, “Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht”, *RabelsZ*, 1991, pp. 623-673; H.J. SONNENBERGER, “Europa-recht und Internationales Privatrecht”, *ZVglRW*, 1996, pp. 3-47; A.V.M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *RCADI*, 1992, t. 232, pp. 261-383; M. WILDERSPIN/X. LEWIS, “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, *RCDIP*, 91, 2, 2002, pp. 1-38 y 289-313.

una *regresión*: a') Con el Convenio de Roma no cabía una aplicación mecánica de la noción abstracta de leyes de policía. Era necesario un juicio concreto de la situación particular que su aplicación produciría. Esto suponía un balance de intereses de la importancia respectiva de las conexiones, de la intensidad de las políticas legislativas seguidas por cada Estado y de la justicia del resultado; b') Con el Reg. Roma I, será suficiente que un Estado considere “esencial” esa normativa, un calificativo que cabe suponer que otorgará con más facilidad a las leyes de policía del foro que a las leyes de policía extranjeras³⁴⁹.

2º) En él, se distingue entre las que pertenecen al Derecho del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (art. 9.2 Reg. Roma I) y al Derecho del Estado de ejecución del contrato (art. 9.3 Reg. Roma I). Ya el Convenio de Roma de 1980 se apoyaba en la distinción entre normas imperativas no pertenecientes al Derecho extranjero rector del contrato que forman parte del ordenamiento jurídico del foro (art. 7.2 del Convenio de Roma de 1980) (*las normas imperativas del foro*) y aquellas otras que, sin pertenecer tampoco al Derecho extranjero que regula el contrato, corresponden a un ordenamiento jurídico de un tercer Estado (art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980) (*las normas imperativas de un tercer Estado*)³⁵⁰.

3º) El Reglamento Roma I no contiene ninguna disposición expresa sobre las normas internacionalmente imperativas de la ley (extranjera) rectora del contrato internacional (la denominada *lex causae* o ley rectora del fondo del asunto) (*die Eingriffsnormen des Schuldstatus*)³⁵¹. El Convenio de Roma tampoco ofrecía ninguna solución particular a este respecto. La justificación es muy simple: Una disposición de este tipo sería *superflua* (O. LANDO/P.A. NIELSEN) por *dos razones*. Primera: Cuando una norma de conflicto se refiere a una legislación estatal, su remisión comprende a “todas las normas jurídicas de la *lex causae*, incluidas las normas internacionalmente imperativas que, por definición, son partes importantes de la *lex causae*”. Segunda: Ni el art. 9 (leyes de policía) ni el art. 12 (ámbito de la ley aplicable) Reg. Roma I excluyen la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de la *lex causae*³⁵². En definitiva –como ha apuntado A. BONOMI–, “este silencio confirma que tales normas deben ser aplicadas en el marco de la *lex contractus* a condición de que el caso de que se trate entre en su ámbito de aplicación y de estas últimas no sean contrarias al orden público del Estado del foro”³⁵³.

3. Las “leyes de policía” del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto.

113. La aplicación de las leyes de policía del Estado miembro, cuyos tribunales conocen del asunto (*lex fori*) constituye el supuesto más sencillo que se puede presentar ante los tribunales de un Estado miembro de la UE: el tribunal aplica su propia norma internacional imperativa, cualquiera que sea la ley rectora del contrato (art. 9.2 Reg. Roma I)³⁵⁴. Cuando esta disposición afirma que las disposiciones del Reglamento “no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro”, no hace sino poner en evidencia un fenómeno innegable: la creciente intromisión del Estado en la vida económica, mediante la promulgación de

³⁴⁹ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 704.

³⁵⁰ El art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980 fue, desde sus orígenes, extremadamente discutido. No es extraño, pues, que el art. 22.1, letra a), del Convenio de Roma reconociese a los Estados miembros la facultad de formular una reserva al mismo. De ella hicieron uso Alemania, Eslovenia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Portugal y Reino Unido.

³⁵¹ Se trata de una cuestión que, según algunos, no está clara. *Vid., ad ex.*, en este sentido el comentario editorial “On the way to a Rome I Legislation”, *CMLR*, 43, 2006, pp. 913-922, concur. p. 921 o la discusión existente en la doctrina alemana: S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, p. 543. Ésta se explica porque tradicionalmente los tribunales alemanes han aplicado las normas de Derecho privado de la *lex causae*; mientras que, por el contrario, se han negado a aplicar algunas normas internacionalmente imperativas o leyes de policía extranjeras, invocando su condición de Derecho público extranjero (= criterio de la inaplicabilidad del Derecho público extranjero). *Vid., ad ex.*, en este sentido la sentencia BGH 27 febrero 2003, *NJW*, 2003, p. 2020. La inaplicabilidad del Derecho público extranjero, como cuestión de principio, fue una cuestión muy controvertida en el pasado y, hoy, es un dogma en gran medida superado. *Vid.*, en general, H.W. BAADE/K. LIPSTEIN, “Operation of foreign public law”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 3, chapter 12, Tübingen, 1991 y P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, Paris, 1994; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 196-204.

³⁵² O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, concur. p. 1719.

³⁵³ A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich*, 2008, pp. 217-237, concur. p. 232, nota 51.

³⁵⁴ R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 370-439.

normas aplicables tanto a supuestos privados internos como internacionales³⁵⁵. Tales normas regulan, de ordinario, parte del contrato y no la totalidad del mismo. En consecuencia, se produce un concurso de normas –y de ordenamientos– entre la ley (extranjera) reguladora del fondo del asunto y la ley (del foro) imperativa. *Ejemplo*: Rompiendo con la jurisprudencia anterior, desde finales de 2007, varias decisiones judiciales francesas han sostenido que las disposiciones protectoras del subcontratista contenidas en la ley francesa de 31 diciembre 1975 son leyes de policía, de obligado cumplimiento, siempre que el inmueble esté situado en Francia (sentencias Corte de casación 30 noviembre 2007, 30 enero 2008 y 8 abril 2008)³⁵⁶.

El art. 9.2 Reg. Roma I sigue los pasos, aunque con diferente redacción, del art. 7.2 del Convenio de Roma de 1980 y del art. 16 del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)³⁵⁷.

114. La aplicabilidad de estas normas, sin embargo, está sometida a las siguientes *condiciones* (arts. 9.1 y 2 Reg. Roma I):

115. 1ª) Debe existir una ley de policía, cuya aplicación resulte ineludible al caso concreto (= *imperatividad de las leyes de policía*). En cuanto *ley de policía*, debe tratarse de una norma imperativa, no disponible por las partes, incluso en presencia de una relación jurídica en la que haya, al menos, un elemento extranjero (= *la ley de policía del foro es ius cogens internacional*). Que la norma extranjera sea de *ius cogens* es una condición que hay que apreciar de acuerdo con su propio sistema. *Ejemplo 1*: Según jurisprudencia alemana, la prohibición del pacto de “cuota litis” (*Verbot von Erfolgshonorarvereinbarungen, contingency fee*) que imponía a los abogados el § 49b Abs. 2 BRAO sería una norma internacionalmente imperativa (sentencia OLG Frankfurt a.M. 1 marzo 2000)³⁵⁸. *Ejemplo 2*: Una relación interesante de normas de dirección, si bien incompleta, puede hallarse en la Circular de 10 abril 2008, de la Secretaría General de Comercio Exterior, relativa al procedimiento y tramitación de las exportaciones y expediciones de mercancías y sus regímenes comerciales (BOE n° 105 de 1 mayo 2008). Su aplicación al concreto contrato de que se trate y a la concreta cuestión que suscite debe resultar ineludible; es decir, la ley de policía del foro debe tutelar intereses públicos que sólo queden protegidos, si se garantiza su aplicación forzosa al contrato (= *la ley de policía del foro es la vía exclusiva para la tutela de determinados intereses públicos*).

116. 2ª) Las leyes de policía deben aplicarse exclusivamente a situaciones comprendidas en su “ámbito espacial de aplicación” (= *definición legal de las condiciones espaciales de aplicación*). Los legisladores nacionales suelen regular imperativamente situaciones enteramente nacionales y se olvidan de concretar si tales normativas son aplicables o no al tráfico internacional (D. BUREAU/H. MUIR-WATT)³⁵⁹. Es el “desfase legislativo del DIPr.” (el Derecho interno se desarrolla y el DIPr. se estanca) (P. LALIVE)³⁶⁰. Para que estas normas internacionalmente imperativas del Derecho del foro resulten aplicables al contrato internacional, tales normas deben indicar expresamente su propia proyección a casos internacionales. En caso contrario, la norma sólo se debería aplicar a casos internos o “puramente nacionales”. Por vía interpretativa no pueden “crearse” leyes de policía que el legislador no previó ni consideró. En caso

³⁵⁵ *Vid., per omnia*, el sugestivo estudio de D. BLANQUER CRIADO, “La influencia del Derecho Público sobre el Derecho de la contratación”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Curso 2007/2008, t. XLVIII, pp. 159-458.

³⁵⁶ *Vid. JDI Clunet*, 2008, p. 1073, con nota de L. PERREAU-SAUSSINE.

³⁵⁷ DOUE L 199 de 31 julio 2007. *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: El Reglamento “Roma II”*, Granada, 2008, pp. 86-87.

³⁵⁸ *IPRax*, 2002, p. 399, con nota de C. KRAPFL, “Zur Zulässigkeit des Erfolgshonorars für Rechtsanwälte und Steuerberater bei hinreichendem Auslandsbezug”, *IPRax*, 2002, pp. 380-384. *Vid.*, en general, sobre esta cuestión, J. SCHEPKE, *Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts: gegenläufige Gesetzgebung in England und Deutschland*, Tübingen, 1998, y, sobre su estado actual en Alemania, M. KILIAN, “Anwaltliche Erfolgshonorare und die bevorstehende Reform des Vergütungsrechts”, *ZRP*, 36, 2003, pp. 90-95, y J. TEUBEL/H.P. SCHONS, *Erfolgshonorar für Anwälte: Gebühren- und Vergütungsvereinbarungen nach neuem Recht*, München, 2008. En España, la cuestión ha tomado un giro radical con motivo de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno) 4 noviembre 2008.

³⁵⁹ D. BUREAU/H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, Tome II, *Partie spéciale*, Paris, 2007, pp. 300-362, concr. pp. 314-318.

³⁶⁰ P. LALIVE, “Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)”, *RCADI*, 1977, vol. 155, pp. 1-424, concr. pp. 14-87.

contrario, todo depende del juez competente, que precisará si, a su juicio, una norma imperativa es “internacionalmente” imperativa y se aplica, por ello, a casos internacionales”, lo que no parece muy conveniente por vulnerar el principio de “previsibilidad del resultado de los litigios” y el principio de “seguridad en cuanto a la ley aplicable” (Cons. 6 Reg. Roma I)³⁶¹. *Ejemplo*: Un tribunal de Luxemburgo declaró que las normas luxemburguesas sobre el tipo de interés en los contratos de mutuo estaban previstas para los contratos puramente internos –en particular, los contratos de crédito al consumo celebrados en Luxemburgo entre entidades de crédito y personas físicas– y, por tanto, no eran aplicables a un contrato internacional (sentencia Tribunal d’arrondissement de Luxemburgo 27 marzo 1990)³⁶².

117. 3^a) La ley de policía debe indicar que su aplicación procede en casos “internacionales” y con independencia de cuál sea la ley que rija el contrato según las normas de conflicto del Reglamento Roma I (= *irrelevancia de la lex causae*): “[...] 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 [...]” (art. 9.1, *in fine*, Reg. Roma I).

118. 4^a) Cada Estado determina los casos en los cuales la observancia de “sus” leyes de policía es “esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos” (SAP Madrid 3 mayo 2006) (= *formulación “unilateral” de los intereses estatales*). Por tanto, el ámbito de aplicación en el espacio depende de cada Estado y no pueden formularse reglas universales al respecto. Podría creerse que el art. 9.2 Reg. Roma I genera un riesgo: que los Estados –por vía legislativa o jurisprudencial– dejen sin contenido el Reg. Roma I mediante la técnica de considerar internacionalmente imperativas a muchas de sus normas. Este peligro, sin embargo, no es real; puesto que a los Estados, protegido su mínimo imperativo, les interesa que la contratación internacional se desarrolle por cauces racionales. *Ejemplo*: La legislación alemana protege a los compradores de pisos prohibiendo y sancionando con la nulidad las cláusulas por las que los promotores o constructores de viviendas aceptan cantidades de los compradores sin, a cambio, ofrecerles garantías que aseguren dichas cantidades (§§ 3 y 7 de la MaBV): generalmente se ha considerado que dicha prohibición constituía una norma material imperativa que, con independencia de cualquier elemento extranjero, era aplicable si el inmueble se encontraba en Alemania. Por eso no se comprende tan bien que la sentencia OLG Hamm 7 febrero 1977 sostuviese que dicha norma internacionalmente imperativa debía respetarse por todo constructor con sede en Alemania, tanto si la obra a realizar debía ejecutarse en Alemania o en el extranjero³⁶³. Parece más razonable confiar al legislador de este último país, cualquiera que sea, la eventual protección de los compradores, si es que lo estima oportuno (R. FREITAG)³⁶⁴.

119. 5^a) Desde el punto de vista de las *consecuencias jurídicas* de la infracción de las leyes de policía del foro, cabe diferenciar *dos tipos de supuestos*:

1^o) Cuando las leyes de policía del foro contienen la sanción jurídica a su incumplimiento, bastará con imponerla. Es la solución más lógica: que sea el propio ordenamiento jurídico que formula las normas internacionalmente imperativas el que establezca los medios adecuados para asegurar su eficacia³⁶⁵. *Ejemplo*: Tras señalar el art. 81.1 TCE que “serán incompatibles con el Mercado común y

³⁶¹ Como señala R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6^a ed., Köln, 2004, pp. 370-439, concr. p. 372, la fijación del carácter internacionalmente imperativo de una disposición sólo deja de ser problemática, cuando ésta fija expresamente su voluntad de aplicación frente a la *lex contractus*, con independencia de lo que ésta disponga; pero, si como es habitual, no existe disposición expresa y, en ocasiones, tampoco precedente, sólo queda una solución: averiguar, recurriendo a los principios generales de interpretación cuál es el sentido y finalidad de dicha disposición, lo cual supone el reconocimiento de la estrecha relación que existen entre la finalidad de la norma (*Gesetzeszweck*) y su voluntad de aplicación (*Geltungswille*).

³⁶² Texto en *RDIPP*, 1991, pp. 1097-1102.

³⁶³ Texto en *NJW*, 1977, p. 1594.

³⁶⁴ R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6^a ed., Köln, 2004, pp. 370-439, concr. pp. 401-402.

³⁶⁵ *Vid.*, en este sentido, sentencia BGH 17 diciembre 1959, *NJW*, 1960, p. 1101, y *RabelsZ*, 25, 1960, p. 645, con nota de K.H. NEUMAYER.

quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”, el art. 81.2 TCE dispone que: “los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho”. La entente *–rectius*, el acuerdo o la decisión de la asociación de empresas– es nula de pleno derecho; porque vulnera las normas internacionalmente imperativas propias del Derecho antitrust³⁶⁶.

2º) Cuando las leyes de policía del foro no disponen la sanción jurídica a su incumplimiento, se debe recordar que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención” (art. 6.3 C.c.); por tanto, el juez debe analizar la ley de policía vulnerada e inferir, de su fundamentación y de su finalidad, cuál sea la sanción más adecuada. En consecuencia, no siempre será necesario declarar la nulidad del contrato, que está considerada como un “último recurso” dispuesto exclusivamente para los casos más graves. En Derecho español, coexisten dos líneas jurisprudenciales: a’) Según la tendencia jurisprudencial mayoritaria, el incumplimiento de las normas internacionalmente imperativas de carácter administrativo que no contienen una sanción expresa a dicha vulneración, como son las normas sobre inversiones extranjeras, control de cambios, etc., no comporta la “nulidad del contrato”. Sólo se derivan efectos administrativos o se obstaculiza la “eficacia plena del contrato”: multas, sanciones, imposibilidad de inscripción del contrato en Registros públicos, inmovilización de los pagos internacionales, etc. (STS 3 enero 1991, SAP Madrid 20 enero 1994, STS 13 octubre 1983); pero el contrato es válido y las prestaciones son exigibles entre las partes. b’) Según una corriente jurisprudencial minoritaria, la infracción de las normas internacionalmente imperativas puede suponer la nulidad del contrato, cuando así lo exija la norma infringida para defender el interés estatal de que se trate (SAP Santa Cruz Tenerife, Sala Civil, de 16 febrero 1985). De ambas tesis, la primera es preferible; ya que resulta la más favorable a la seguridad del tráfico jurídico internacional.

4. Las “leyes de policía” del Estado de ejecución de las obligaciones.

120. Mucho más complejo –y discutido– es el tratamiento que reciben las normas imperativas de un tercer Estado (*drittstaatliche Eingriffsnormen*)³⁶⁷. Para comprender su exacto significado y alcance, debe tenerse en cuenta que:

1º) El planteamiento teórico de este problema se encuentra ya, aunque resuelto en sentido no coincidente, en juristas tales como L.I. DE WINTER, W. WENGLER, K.H. NEUMAYER y K. ZWEIGERT, cuya autoridad he ejercido una influencia considerable en las posibles soluciones³⁶⁸.

2º) Suscitado reiteradamente ante los tribunales, éstos han recurrido a expedientes técnico-jurídicos diversos que han llevado a resultados diferentes no siempre satisfactorios. Así, entre otros argumentos, se ha invocado:

³⁶⁶ Vid., ad ex., A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003, pp. 909-912.

³⁶⁷ Vid., ad ex., R. FREITAG, “Berücksichtigung fremder zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 440-468; ID., “Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO”, *IPRax*, 2009, 2, pp. 109-116; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country in the European contract Conflict of Laws, the Rome Convention and the proposed Rome I Regulation*, Rijeka, 2007.

³⁶⁸ Vid. un análisis de la contribución a este tema del primero de estos autores en I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato...*, pp. 528-529. Para los otros, vid. W. WENGLER, “Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie”, *ZVglRWiss.*, 1941, pp. 168-212; ID., “Die Gestaltung des internationalen Privatrechts der Schuldverträge unter allgemeinen Leitprinzipien”, *Rabels Z.*, 47, 1983, pp. 215-266; ID., “Jurisdiction to Prescribe or Prohibitions to Resort to Specific Reactions?”, en *Le droit international ‘a l’heure de sa codification – Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione – International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago*, t. IV, Milano, 1987, pp. 411-432; K.H. NEUMAYER, “Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé”, *RCDIP*, 1957, pp. 579-604 y 1958, pp. 53-78; K. ZWEIGERT, “Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote”, *Rabels Z.*, 1942, pp. 283-307; ID., “Droit international privé et droit public”, 1965, pp. 645-666.

a) *Su naturaleza de Derecho público. Ejemplo 1:* Esta idea se halla parcialmente latente en la doctrina del *Act of State*, en virtud de la cual los tribunales estadounidenses no controlaban las nacionalizaciones realizadas por otros Estados dentro de su territorio y no podían, por consiguiente, atender a las reclamaciones de los antiguos propietarios de una empresa azucarera nacionalizada, en 1960, por el Gobierno cubano (Sentencia Tribunal Supremo de Estados Unidos 23 marzo 1964 [*Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*])³⁶⁹. *Ejemplo 2:* Los tribunales ingleses se apoyaron en la naturaleza penal de la ley confiscatoria de los bienes de la familia real española por la II República para no aplicar aquélla en 1935 (*Banco de Vizcaya v. D. Alfonso de Borbón y Austria*)³⁷⁰. *Ejemplo 3:* Por el contrario, aun partiendo del principio de que un Estado no ejecuta las leyes penales o impositivas de otros, han reconocido la legitimación del Estado español para representar y dirigir las sociedades filiales de Rumasa en el Reino Unido (*Rumasa S.A. v. Multinvest [Williams & Humbert Ltd. V. Williams & Humbert Trade Marks –Jersey- Ltd.]*)³⁷¹.

b) La constitución del reflejo de una muy concreta *opción política*. *Ejemplo:* En el caso del *gasoducto siberiano*, un tribunal holandés admitió que, en ciertas circunstancias, el juez debe dar prioridad a disposiciones imperativas del Derecho extranjero, pero a condición de que el contrato esté suficientemente conectado con el país de que se trate, lo que no era el caso: Se trataba de un contrato, que tenía por objeto la entrega de piezas de alta tecnología destinadas a la construcción de un gasoducto en Siberia, concluido entre una sociedad francesa (CEPSA) y una sociedad holandesa (Sensor Nederland B.V.), aunque controlada —a través de otra filial— por una empresa norteamericana y, por consiguiente, sometida a la prohibición de ejecución de los contratos en curso destinados a la construcción del gasoducto siberiano decretada por Estados Unidos, como represalia por el aumento de la represión política en Polonia a comienzos de los años 80 (Sentencia Tribunal de distrito de La Haya 17 septiembre 1982 [*CEP c. Sensor Ned. B.V.*])³⁷².

c) La ilicitud del contrato por ser contrario al *orden público* o las *buenas costumbres* (la denominada doctrina de la *Sittenwidrigkeit* basada en el art. 138 BGB). *Ejemplo 1:* Argumento esgrimido por un tribunal británico que declaró ilícito —y, por lo tanto, no accedió a la pretensión de una parte de recuperar su dinero— un contrato que tenía por objeto transportar whisky a los Estados Unidos, operación que finalmente fracasó; pero que suponía la infracción de la “ley seca” norteamericana, que, según el tribunal, debía ser tomada en consideración, dado que se dirigía contra un *malum in se* (Sentencia Court of Appeal 13 diciembre 1928 [*Foster v. Driscoll*])³⁷³. *Ejemplo 2:* Argumento empleado también por el Tribunal federal alemán para denegar la solicitud de indemnización, dirigida contra la compañía aseguradora, por los daños sufridos por tres valiosas estatuillas de bronce, que habían sido sacadas ilegalmente de Nigeria y transportadas a Hamburgo (Sentencia BGH 22 junio 1972 [*Allgemeine Versicherungsgesellschaft v. E.K.*])³⁷⁴.

d) La incidencia de la ley del lugar de *ejecución del contrato*. *Ejemplo:* Una sociedad inglesa encargó a una naviera española (Sota y Aznar) que transportase una carga de yute desde Calcuta a Barcelona para su entrega a unos clientes españoles. A cambio, pagaría 50 libras esterlinas por tonelada: la mitad se pagaría en Londres a la partida del navío y el resto a su llegada al puerto de destino. Unos meses antes de que ésta se efectuara, el Gobierno español dictó una normativa fijando topes máximos por tonelada de flete (la cantidad de pesetas equivalente, en aquella época, a 10 libras esterlinas) y señalando

³⁶⁹ Vid. I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato...*, pp. 236 y ss.; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia internacional de las nacionalizaciones. Nombre comercial y marcas*, Madrid, 1988, p. 46.

³⁷⁰ (1935) 1 KB 140.

³⁷¹ H.L., 12 diciembre 1985, (1986) 1 All ER 129. Vid. I. SEIDL-HOHENVELDERN, “The Rumasa decision of the House of Lords and the doctrine of severance of corporations”, en *Contemporary Problems of International Law. Essays in Honour G. Schwanzberger*, London, 1988, pp. 262 y ss.

³⁷² Texto en RCDIP, 1983, p. 473. Vid., ad ex., B. AUDIT, “Extra-territorialité et commerce international. L’affaire du gazoduc sibérien”, RCDIP, 1983, pp. 401-434; J. BASEDOW, “Das amerikanische Pipeline-Embargo vor Gerichte Niederlande: Pres. Rb. Den Haag 17.9.1982 (Fall Sensor)”, *Rabels Z.*, 1983, pp. 141 y ss.; T.M. DE BOER/R. KOTTING, “Der niederländische Richter und das US-Gasröhren-Embargo”, *IPRax*, 1984, pp. 108-112; J.-M. JACQUET, “La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international”, *JDI Chunet*, 1985, pp. 327-405; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 71-74.

³⁷³ C.A. (1929) 2 KB 470. Vid. I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato...*, pp. 45-46.

³⁷⁴ BGHZ, 59, 1973, pp. 82-87, comentada por A. BLECKMANN, “Sittenwidrigkeit wegen Vertosses gegen den ordre public international. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22 Juni 1972”, *ZaöRV*, 1974, pp. 112 y ss., e I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 75-76.

las sanciones por incumplimiento de esta normativa. Dado que eran inferiores a la cantidad estipulada y los destinatarios de la mercancía rehusaron abonar la diferencia, el transportista demandó a la sociedad inglesa ante los tribunales británicos, que, no obstante estar sometido el contrato al Derecho inglés, conforme al cual era válido, rechazaron la demanda y estimaron una normativa imperativa de un Estado extranjero –la ley española– que podía ejercer cierto control sobre el cumplimiento del contrato. Para el tribunal inglés, el contrato no podía ejecutarse en virtud de la *doctrine of frustration of contracts*: Los jueces ingleses aceptaron la defensa interpuesta por los expendedores de la mercancía que rehusaban pagar la mitad de la deuda que quedaba, acogiéndose a una normativa española, aunque el contrato se rigiese por el Derecho inglés, dado que no se podía prestar asistencia a la violación de las leyes de otros países independientes (*Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar*)³⁷⁵. Dicho con otros términos, un contrato, válido conforme al Derecho que lo regula, “es ineficaz cuando implica la ejecución de prestaciones consideradas ilícitas por el Derecho del Estado extranjero en el que estas últimas deben ser efectuadas (*lex loci solutionis*)” (A. BONOMI)³⁷⁶.

3º) Lejos de ser un fenómeno aislado, con anterioridad al art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980 –que constituye el antecedente inmediato del art. 9.3 Reg. Roma I–, la admisibilidad de las normas imperativas de terceros Estados fue expresamente reconocida por algunos tratados internacionales, en particular el Convenio de La Haya de 4 mayo 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera (art. 7), el Convenio de La Haya de 14 marzo 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios (art. 16) y, sobre todo, el polémico art. VIII.2.b del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional³⁷⁷. Por otra parte, hay una cierta semejanza entre el art. 7.1 del Convenio de Roma y el art. 18 de la Ley federal suiza sobre el DIPr. de 18 diciembre 1987 o el art. 3079 del Código civil de Quebec de 1991³⁷⁸.

4º) Por último, partidarios y adversarios de la reglamentación jurídica de esta cuestión en términos semejantes a los del art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980 centraron su argumentación de *lege ferenda* en tres cuestiones: se trataba de saber si, al menos, alguna de las diversas modalidades de unilateralismo es compatible –o no– con el método bilateral de atribución o localización, si debe prevalecer la solidaridad con determinadas políticas legislativas de otros Estados o, por el contrario, se debe rechazar tales normas, representativas de un intervencionismo estatal, fuente –según algunos– de todo tipo de males o, finalmente, si hay que tener en cuenta tales normas en virtud de razones prácticas o de realismo o, por el contrario, esto es absolutamente inaceptable por la inseguridad jurídica que las normas ajenas a la *lex causae* pueden provocar³⁷⁹.

121. El art. 9.3 Reg. Roma I admite que, además de las leyes de policía del foro, un tribunal pueda aplicar leyes de policía de terceros Estados, siempre que, además de cumplir todas las exigencias requeridas a las leyes de policía del foro, se trate de las leyes de policía del país de ejecución de las obligaciones y dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Como consecuencia del cumplimiento de las anteriores condiciones, el juez del foro dispondrá de la facultad de tomar en consideración tales leyes de policía extranjera, modulando las consecuencias jurídicas de la infracción de leyes de policía de otros países. Aunque tiene algunas *importantes diferencias* con respecto al art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980, el art. 9.3 Reg. Roma I sigue su estela y supone el reconocimiento de un hecho contemporáneo: “El creciente comercio y tráfico han hecho a los Estados interdependientes y la solidaridad entre ellos necesaria” (O. LANDO/P.A. NIELSEN)³⁸⁰.

³⁷⁵ C.A. (1920) 2 KB 287. Vid. I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 82-85; M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA/J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/S. MUÑOZ MACHADO (Dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, t. III, Madrid, 1986, pp. 753-825, concr. pp. 816-817.

³⁷⁶ A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich, 2008*, pp. 217-237, concr. p. 233.

³⁷⁷ Sobre estos preceptos convencionales y otros posteriores al Convenio de Roma, vid. I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato...*, pp. 508 y ss. Para el art. VIII.2.b del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, vid., más adelante, el epígrafe IV, 5.

³⁷⁸ Vid., ad ex., J.L. CHENAUX, “L’application par le juge des dispositions impératives étrangères non désignées par la règle de conflit du for. Etude de l’article 18 du projet suisse de loi fédérale sur le droit international privé”, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1988, pp. 61 y ss.; A.E. VON OVERBECK, “Le norme di applicazione necessaria”, en G. BROGGINI (Ed.), *Il nuovo Diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano, 1990, pp. 32 y ss. Para éstos y otros ejemplos de DIPr. comparado, vid. I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 89-118.

³⁷⁹ Vid., con mayor detenimiento, estos argumentos en I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato...*, pp. 542-543.

³⁸⁰ O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, concr. p. 1720.

122. Bajo el imperio del art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980 y de la jurisprudencia que le precedió, se interpretó que uno de los presupuestos de la toma en consideración de las normas imperativas de terceros Estados era la existencia de un *vínculo estrecho* (*close connection, Inlandsbezug, stretto legame*) entre la situación y el país que dictó la norma, vínculo que debería apreciarse caso por caso y que los jueces podrían considerar suficiente o no³⁸¹. Las *importantes diferencias* antes sólo mencionadas tienen que ver con este presupuesto. Dicho requisito ha sido sustituido por la exigencia de que las obligaciones surgidas del contrato hayan sido ejecutadas o deban serlo en el país cuyas leyes de policía se pretende tomar en consideración y de que, según éstas, el cumplimiento del contrato resulte ilegal³⁸². Como consecuencia de ello, “en esencia, la aplicación del art. 9.3 Reg. Roma I todavía es dejada a la discreción de los tribunales, pero la discreción es ahora más limitada” (O. LANDO/P.A. NIELSEN)³⁸³. Esta norma es una solución de compromiso con los Estados que formularon reservas al art. 7.1 del Convenio de Roma de 1980, especialmente el Reino Unido³⁸⁴. El resultado –se ha recordado– se parece a una síntesis de las viejas teorías de W. WENGLER y K. ZWEIGERT: se ha reconocido una conexión especial para las normas de intervención, cuando éstas se oponen al cumplimiento de la obligación³⁸⁵.

123. Gracias a ambas restricciones ha sido posible consensuar un texto y que, en particular, el Reino Unido se haya incorporado al Reg. Roma I. Desde un punto de vista político –si se entiende que “la política es el arte de lo posible” (frase, de ordinario, atribuida a O. VON BISMARCK)–, parece un precio a pagar razonable. Desde un punto de vista doctrinal, sin embargo, en especial si se toman en consideración las razones que pueden justificar la toma en consideración de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados (= la voluntad de los Estados de cooperar con los Estados extranjeros en la persecución de políticas comunes o de no prestar asistencia a la violación de las leyes de los demás Estados independientes, el deseo de evitar “conflictos de deberes” a una de las partes, sometida a mandatos procedentes de diversos ordenamientos jurídicos absolutamente incompatibles, o la pretensión de asegurar la uniformidad internacional de decisiones, facilitando así su circulación), las limitaciones introducidas pueden parecer poco justificadas (A. BONOMI)³⁸⁶.

³⁸¹ Vid. la sentencia Hogue Raad 13 mayo 1966 en el caso *Alnati* (“Van Nievelt, Goudriann en Co’s Stoomvaart Maat N.V. c. N.V. Hollandse Assurantie Societeit”), en *RCDIP*, 1967, p. 522, con nota de T. STRUYCKEN y *JDI Clunet*, 1978, p. 340, con nota de SCHULTZ, así como el comentario de I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 66-69. En Alemania, la doctrina dominante interpretó que, para la aplicación del art. 34 EGBGB, era necesaria la existencia de ese vínculo estrecho, pese a que, literalmente, dicha disposición nada señalaba al respecto. Pero la doctrina lo dedujo de dos elementos característicos de las normas internacionalmente imperativas: un elemento subjetivo (la voluntad de validez [*Geltungswillen*]) y un elemento espacial (una relación suficientemente estrecha [*das Merkmal 'der genügend engen Beziehung'*]). Éste sería el caso, *ad ex.*, de la *ubicación del inmueble* en Alemania (*die Belegenheit des Grundstücks*), a propósito de las normas alemanas sobre tráfico jurídico de bienes inmuebles, sobre contratos de construcción o sobre arrendamientos de inmuebles, o del mercado afectado (la denominada *doctrina del efecto* [*die Auswirkung den inländischen Markt*]) por comportamientos colusorios, con independencia de lugar donde éstos se planeen o tengan su sede las empresas participantes. Además, la doctrina observó la relación entre la finalidad de la norma internacionalmente imperativa y la intensidad de la correspondiente conexión: cuanto mayor valor social tenía la norma, menos conexión se exigía; cuanto menor importancia tenía, mayor conexión con el ordenamiento jurídico del foro era necesaria. Vid., *ad ex.*, D. COESTER-WALTJEN, “Der Eskimomantel aus Spanien – Ist der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz zu kurz gestriekt?”, en *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, 2001, pp. 297-319, conr. pp. 314-315; R. FREITAG, “Anwendung eigener zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 370-439, conr. pp. 373-375; W. KOHTE, “Verbraucherschutz im Licht des europäischen Wirtschaftsrechts”, *EuZW*, 1990, pp. 150-156; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 212-227.

³⁸² O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, conr. p. 1721.

³⁸³ O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, conr. p. 1721.

³⁸⁴ S. LEIBL/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 528-544, conr. p. 542. Sobre dicha reserva, *vid.* D. MARTINY, “Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 1 des EG-Schuldvertragsübereinkommens vom 19.6.1980 – seine Folgen für die Anwendung zwingenden Rechts”, *IPRax*, 1987, pp. 277-280.

³⁸⁵ S. LEIBL/M. LEHMANN, “Die Verordnung...”, pp. 528-544, conr. p. 542.

³⁸⁶ Sobre esta crítica, *vid.* G. BIAGIONI, “Articolo 9 – Norme di di applicazione necessaria in Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’)”, en “Commentario, a cura di F. SALERNO e P. FRANZINA”, en *Nuove leggi civili commentate*, 2009, en prensa, n° 7, y, en especial, A. BONOMI, “Le régime des règles impératives et des lois de police”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen ‘Rome I’ relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich*, 2008, pp. 217-237, conr. pp. 235-236.

124. *Grosso modo*, puede afirmarse que la jurisprudencia estatal sobre normas internacionalmente imperativas de terceros Estados ha estado dominada por las circunstancias del caso concreto y ha sido incapaz de elevarlas al nivel de categoría. Ha sido la doctrina internacionalprivatista la que ha intentado encontrar soluciones generales para el tratamiento de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados a través de *tres justificaciones teóricas* (R. FREITAG):

1ª) La denominada *teoría del poder* (*power theory, Machttheorie*). Es la más antigua. Sostiene que la remisión de la norma de conflicto a un Derecho se refiere a la totalidad de normas que lo integran, sean públicas o privadas, a condición de que, además, el Estado extranjero esté en condiciones de hacer cumplir dichas normas. Esto ocurre cuando bienes o actos a realizar se sitúan en el territorio de dicho Estado.

2ª) La *teoría del estatuto obligacional* (*Schuldstatuttheorie*). Representa una evolución de la anterior, que ha tenido una especial acogida en algunos Estados comunitarios (Bélgica, Francia y Reino Unido). En efecto, por una parte, vuelve a sostener que las remisiones de la norma de conflicto del foro no sólo comprenden las normas meramente imperativas, sino también las normas internacionalmente imperativas; por otra parte, añade que cabe tomar en consideración las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados, pero no a través del Derecho de colisión, sino en virtud del propio Derecho sustantivo o material (*ad ex.*, integrando la prohibición de control de cambios extranjera, sobrevenida e imprevisible para las partes, en la base del negocio jurídico, la cláusula *rebús sic stantibus*, la fuerza mayor o el caso fortuito, circunstancias éstas que serían valoradas conforme al Derecho sustantivo aplicable al fondo del asunto).

3ª) La *teoría de la norma de conflicto especial* (*kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung*). Por último, ésta doctrina –también denominada *teoría de la conexión especial* (*Sonderstatut theory*)–, que es la dominante en Alemania, Austria y Suiza, se apoya en dos ideas básicas. Primera: La aplicabilidad o, al menos, toma en consideración de las normas internacionalmente imperativas es independiente de la *lex contractus*. Segunda: No hay razones para diferencias dichas normas, tanto si pertenecen a la *lex fori*, como a la *lex causae* o a *terceros Estados*. En la práctica, supone subordinar la toma en consideración de éstas últimas a una pluralidad de elementos: su voluntad de aplicación (*Anwendungswille*), la estrecha conexión con el asunto (*enge Beziehung*), la armonía internacional de soluciones (*rechtspolitische Interessengleichklang*) y el hecho de que la *lex fori* y el Derecho extranjero compartan unos mismos valores jurídicos aplicables al caso concreto de que se trate (*Wertungsgleichklanges*)³⁸⁷.

A) Elementos del supuesto de hecho.

a) Leyes de policía del país de ejecución de las obligaciones.

125. Respecto a las normas materiales imperativas extranjeras, el Reg. Roma I sólo contempla la posibilidad de que se tomen en consideración las del Estado de ejecución de la obligación³⁸⁸. *Ergo* no se apreciarán las de los demás Estados. La solución finalmente retenida por los autores del Reglamento busca la seguridad jurídica (= excluye la posible aplicación, en cualquier grado que sea, de cualquier norma material imperativa). Para ello, exige lo que B. AUDIT ha denominado un *criterio de proximidad* (*critère de proximité*) (= que el contrato se ejecute en el país del que ella emana)³⁸⁹. Esta exigencia responde a dos motivos (O. LANDO/P.A. NIELSEN):

1º) *Evitar la aplicación imperialista de leyes de policía*. Esta limitación trata de asegurar que sólo se aplicarán al contrato internacional las leyes de policía de aquellos Estados, cuyos intereses públicos,

³⁸⁷ Para una exposición de las tres teorías justificativas de la toma en consideración de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados así como de alguna de sus variantes, *vid.*, *ad ex.*, R. FREITAG, “Berücksichtigung fremder zwingender Bestimmungen”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, conccr. pp. 443-455; I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 57-64 y 268-288.

³⁸⁸ Sobre las normas internacionalmente imperativas extranjeras en la contratación internacional, *vid.*, *ad ex.*, E. BENZENBERG, *Die Behandlung ausländischer Eingriffsnormen im internationalen Privatrecht: eine Studie unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Schuldrechts*, Jena, 2008.

defendidos por leyes de policía, pueden resultar afectados por el contrato. Evita así que el contrato sea potencialmente objeto de aplicación de las leyes de policía de los ordenamientos jurídicos de todos los países del mundo. Con ello, se elimina la posibilidad de una reglamentación excesiva (*Überregulierung*) de los contratos internacionales y, en particular, la aplicación imperialista de ciertos Derechos estatales, que se autodeclaran aplicables a una gran cantidad de contratos internacionales que no necesariamente presentan estrechos vínculos con dichos países.

2º) *Permitir una aplicación realista de las Leyes de policía.* El país de ejecución de las obligaciones que nacen del contrato es un país donde el contrato internacional repercute de modo real y tangible. Es el país donde se entregan las mercancías o donde se efectúa el pago, es el país donde se prestan los servicios, donde se edifica una obra, donde se obtienen permisos de importación y exportación, etc. Es el país que dispone de un “dominio efectivo” sobre la situación contractual y, por ello, es posible y factible aplicar realmente sus leyes de policía al contrato en cuestión. Declarar la aplicación de las Leyes de policía de un país que no es el país de ejecución del contrato podría haber resultado una mera declaración de intenciones, pues con frecuencia, dicha aplicación puede no ser fácticamente posible³⁹⁰.

126. Ahora bien, ¿tiene sentido que la eventual consideración de normas internacionalmente imperativas de terceros Estados se circunscriba a los supuestos en que éstas son las vigentes en el país de ejecución de la obligación internacional? Sin duda, habrá quienes opinen que el criterio decisivo que debió considerarse es que los intereses del Estado estén comprometidos o no. Existen, en efecto, supuestos en que los intereses de un Estado se ven afectados por actos realizados fuera del territorio del Estado en el que se debe cumplir la obligación. *Ejemplo: el caso del gasoducto siberiano* (Sentencia Tribunal de distrito de La Haya 17 septiembre 1982 [*CEP c. Sensor Ned. B.V.*]), antes referido³⁹¹.

b) “Ilegalidad” de la ejecución del contrato.

127. Otro requisito, cumulativo al anterior, para considerar las normas internacionales imperativas extranjeras es que la ejecución sea *ilegal*: Según el art. 9.3 Reg. Roma I, únicamente cabe dar efecto a las leyes de policía del país de ejecución de las obligaciones “*en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal*”. *Ratio iuris*: No cualquier norma jurídica merece la condición de ley de policía. Debe tratarse de normas jurídicas de tal relevancia que la ejecución del contrato sea “ilegal” (= *prohibida por la ley*) —concepto que no necesariamente es equiparable al de la nulidad de dicha ejecución—. La práctica jurisprudencial es muy abundante a este respecto en sectores como la normativa extranjera de control de cambios o la protección de los bienes culturales. Sin embargo, ¿*Quid iuris* en el caso de que la ley del lugar de ejecución de la obligación no declare ilegal ésta, sino que opte por otras posibilidades? Así ocurre cuando el legislador suspende la ejecución del contrato, la condiciona al cumplimiento de determinados requisitos o permite solicitar a una autoridad u órgano judicial que no preste asistencia a la solicitud administrativa o pretensión procesal presentada por uno de los contratantes, rogando el cumplimiento del contrato o de una cláusula particular de éste (B. AUDIT)³⁹².

B) Consecuencia jurídica.

a) Aplicación facultativa de las leyes de policía de terceros Estados.

128. El juez del foro no está obligado, sino sólo facultado a dar efecto a ciertas leyes de policía de terceros Estados: “También *podrá* darse efecto[...]

³⁸⁹ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 704.

³⁹⁰ P.A. NIELSEN/O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, conccr. pp. 1720-1721, explican el camino que llevó al Reino Unido a exigir que se recortase la posibilidad de tomar en consideración normas imperativas de terceros Estados: “Las discusiones —señalan estos autores— se centraron en encontrar un compromiso que restringiese el ámbito de la disposición y redujese a un mínimo cualquier incertidumbre legal”. El resultado fue el actual art. 9.3 Reg. Roma I.

³⁹¹ *Vid.*, *supra*, epígrafe IV, 4.

³⁹² B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 704.

plio “criterio de oportunidad” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ)³⁹³ o, si se prefiere, de una *facultad discrecional* (*the discretionary power*)³⁹⁴. Según el art. 9.3, su decisión deberá tener en cuenta dos datos:

1º) La “naturaleza y objeto” de las normas imperativas extranjeras en cuestión (*the nature and purpose requirement*)³⁹⁵. Por “naturaleza” cabe entender su carácter público o penal, prohibitivo o permisivo, general o especial, “aunque ninguno de estos rasgos sea decisivo” (B. AUDIT)³⁹⁶. Por “objeto”, cabe suponer que se refiere al sector de la vida social regulado por la disposición correspondiente. Según ésta idea, habría segmentos de la vida social (como el Derecho monetario, la protección de bienes culturales o las relaciones de competencia entre empresas) más inclinados que otros a ser regulados por disposiciones consideradas normas internacionalmente imperativas o, simplemente, leyes de policía.

Se formula así una especie de *doble barrera*: No basta que el ordenamiento jurídico extranjero recurra a las leyes de policía para salvaguardar un interés general digno de especial protección jurídica, sino que es necesario que, además, su punto de vista sea compartido por el ordenamiento jurídico del foro (*criterio de la doble barrera o test de la homogeneidad sustancial de la lex causae y la lex fori*) (I. GUARDANS I CAMBÓ)³⁹⁷.

2º) Las “consecuencias que derivarían de su aplicación o inaplicación” (*the consequences of the application and non-application requirement*)³⁹⁸. El juez del foro sólo podrá dar efecto a las leyes de policía de terceros Estados, cuando éstas no sólo existieran, sino que estuvieran vigentes antes de la conclusión del contrato; de tal suerte que los contratantes no hubieran podido ignorarlas.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, disposiciones constitucionales de algunos Estados pueden oponerse a la aplicación de ciertas leyes de policía de terceros Estados (P. KAYE)³⁹⁹.

b) Consecuencias del incumplimiento de leyes de policía de terceros Estados.

129. Por último, el art. 9.3 Reg. Roma I exige considerar las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de la correspondiente norma material imperativa extranjera. Es una exigencia que figuraba ya en el Convenio de Roma de 1980. Como el texto reglamentario no distingue, puede tratarse tanto de las consecuencias para los particulares como de las consecuencias para el Estado extranjero cuya disposición imperativa se cuestiona. La apreciación de ambas no es excluyente. Tal es el caso, *ad ex.*, de las disposiciones imperativas dictadas por algunos Estados, ordenando el bloqueo, incluso en el extranjero, de cuentas bancarias pertenecientes a nacionales de determinados Estados (sentencia Tribunal de grande instance de Paris de 21 diciembre 1979, embargo de las cuentas iraníes en los bancos estadounidenses, incluidas sus sucursales en el extranjero, ordenado por las autoridades norteamericanas bajo la presidencia de J. CARTER, en 1979, como respuesta a la denominada “crisis de los rehenes”)⁴⁰⁰. En hipótesis de este género, que suelen tener su origen en una crisis internacional de dimensiones variables, corresponde al tribunal ante el que se litiga despejar la cuestión de si el cumplimiento de una medida extranjera de ese tenor es compatible con la reputación de la banca local, contrario al orden público del foro, si existen contramedidas locales o si debe prestar su cooperación al Estado extranjero que ha dictado la disposición imperativa correspondiente⁴⁰¹.

130. En todo caso, el art. 9.3 Reg. Roma I no habla de “aplicar” estas normas, sino de “dar efectos” a las mismas (*to give effect, donner effect, dare efficacia, Wirkung verleihen*)⁴⁰². Como ha señalado, con particular acierto, M^a. P. DIAGO DIAGO, ante el juez del foro se abren varias posibilidades:

³⁹³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, en prensa.

³⁹⁴ *Vid., ad ex.*, I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 241-245.

³⁹⁵ *Vid., ad ex.*, I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 228-234.

³⁹⁶ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 704.

³⁹⁷ Aunque con distinta terminología a la que empleo en el texto, I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Madrid, 1992, pp. 556-557.

³⁹⁸ *Vid., ad ex.*, I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 234-241.

³⁹⁹ P. KAYE, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993, pp. 248-261.

⁴⁰⁰ Texto en *RCDIP*, 1980, p. 382. *Vid.* F. GIANVITI, “Le blocage des avoirs officiels iraniens par les États-Unis (executive order du 14 novembre 1979)”, *RCDIP*, 1980, pp. 279-303.

⁴⁰¹ B. AUDIT, *Droit international privé*, p. 705.

⁴⁰² *Vid., ad ex.*, I. KUNDA, *Internationally mandatory rules of a third country...*, pp. 245-247; R. FREITAG, “Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO”, *IPRax*, 2009, 2, pp. 109-116, concr. pp. 114-115.

1º) Aplicar todas o algunas de las sanciones civiles recogidas en el Derecho extranjero, cuyas leyes de policía se han vulnerado o aplicar tales sanciones; pero de “manera modulada” por el juez en atención al caso concreto. Esta primera posibilidad debe prevalecer en el caso de que el Derecho extranjero cuyas normas de intervención han sido vulneradas incorpore, de manera expresa, una sanción civil al contrato. En efecto, en estos casos, los contratantes pueden y deben haber previsto fácilmente cuál es la consecuencia de la infracción de estas normas,

2º) Aplicar las sanciones previstas en la *lex contractus*, de modo que la infracción de las leyes de policía extranjeras será tenida en cuenta como un “dato fáctico” (*Foreign Law as Local Data*) que habrá de ser subsumido en la Ley del contrato. Esta segunda tesis debe prevalecer en el caso de que el Derecho extranjero cuyas normas de intervención han sido vulneradas no incorpore, de manera expresa, una sanción civil al contrato; ya que, en estos casos, puede resultar desproporcionado exigir a los contratantes que prevean las consecuencias de la infracción de estas normas extranjeras recogidas en las “normas generales” del Derecho extranjero (pues las “normas específicas infringidas”, nada disponen al respecto). Por el contrario, sí que resulta proporcionado exigir a los contratantes que prevean la aplicación de las consecuencias jurídicas recogidas en la ley del contrato y que se producen como resultado de la vulneración de normas internacionalmente imperativas extranjeras⁴⁰³.

5. Normas imperativas de terceros Estados y Convenios internacionales.

131. Fuera del Reg. Roma I, pero no por ello menos aplicables por el juez del foro, quedan ciertos Convenios internacionales y disposiciones de Derecho comunitario que contemplan la posibilidad de aplicar normas internacionalmente imperativas a ciertos supuestos de la contratación internacional (arts. 23 y 25 Reg. Roma I). *Ejemplo 1*: El polémico art. VIII.2.b del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, surgido de los acuerdos de Bretton Woods⁴⁰⁴. *Ejemplo 2*: El art. 3 del Convenio (UNESCO) de París, de 17 noviembre 1970 sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales⁴⁰⁵.

⁴⁰³ M.P. DIAGO DIAGO, “El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del Proceso Kimberley”, *CDT*, vol. 1, nº 1, Marzo 2009, pp. 72-91.

⁴⁰⁴ K. EHLERS-MUNZ, *Die Beachtung ausländischen Devisenrechts: Bretton Woods und nationaler Autonomies Recht*, Hamburg, 1991; I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato...*, pp. 178-224; H. JAMES, *International monetary cooperation since Bretton Woods*, Washington, DC, 1996.

⁴⁰⁵ *Vid.*, ad ex., P. ASKERUD, *Preventing the Illicit Traffic in Cultural Property: A Resource Handbook for the Implementation of the 1970 UNESCO Convention*, Paris, 1997; B. BOER, “Protection of Movable Cultural Heritage Property Act 1986”, *Environmental and Planning Law Journal*, 4, 1987, pp. 63-66; M.F. BOLAÑO, “International Art Theft Disputes: Harmonizing Common Law Principles with Article 7 (b) of the UNESCO Convention”, *Fordham International Law Journal*, 15, 1991-1992, pp. 129-173; I. CARACCILO, “Analogie e differenze tra la Convenzione Unesco del 1970 sui mezzi per vietare e prevenire il trasferimento illecito di proprietà del patrimonio culturale e la Convenzione Unidroit del 1995 sulla restituzione dei beni culturali rubati o illecitamente esportati”, en P. PAONE (Ed.), *La protezione internazionale e la circolazione comunitaria dei beni culturali mobili*, Napoli, 1998, pp. 41-89; E. CLÉMENT, “The UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (Paris, 1970)”, en H. LAYTON (Ed.), *Illicit Traffic in Cultural Property: Museums against Pillage*, Amsterdam, 1993, pp. 45-52; ID., “The Aims of the 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property and Action Being Taken by UNESCO to Assist in its Implementation”, en K. WALKER TUBB (Ed.), *Antiquities: Trade or Betrayed; Legal, Ethical and Conservation Issues*, London, 1995, pp. 38-56; C.C. COGINS, “United States Cultural Property Legislation: Observations of A Combatant”, *International Journal of Cultural Property*, 7, 1998, pp. 52-68; L.D. DUBOFF y otros (Eds.), “Proceedings of the Panel on the U.S. Enabling Legislation of the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 4, 1976, pp. 97-134; S.D. EDELSON, “Concerted International Effort in the Trade of Cultural Property”, *Law and Policy in International Business*, 16, 1984, pp. 1249-1273; R. FRAOUA, *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (Paris, 1970): Commentaire et aperçu de quelques mesures nationales d'exécution*, UNESCO, Doc. CC-86/WS/40, 1986; F. GEISINGER-MARIÉTHOZ, “Le projet de ratification par la Suisse de la Convention de l'UNESCO de 1970 sur l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels”, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 119, 2000, pp. 273-311; S. GIMBRÈRE/P. TINEKE, “The Protection of Cultural Property: from Unesco to the European Community with Special Reference to the Case of the Netherlands”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 23, 1992, pp. 223-273; J.B. GORDON, “The Unesco Convention on the Illicit Move-

V. Conclusión.

132. En nuestro país, *apóstoles del análisis económico del Derecho (Law & Economics)* (en especial, C. PAZ-ARES, F. GARCIMARTÍN, J. CARRASCOSA) llevan años defendiendo que el Derecho privado debe ser *eficiente*⁴⁰⁶. El DIPr. operaría como el Derecho de la “localización eficiente de las situaciones privadas internacionales”: debe aplicarse el Derecho estatal, cuya aplicación *ex ante* genere menores costes a todos los sujetos implicados⁴⁰⁷. Han justificado las razones y mostrado los medios para ello. A la postre, esto será, muy probablemente, lo único que –al menos, a parte de la doctrina– importe: *si el Reglamento Roma I es eficiente*. Como aún no ha podido generar jurisprudencia, cualquier respuesta no tiene más que un valor especulativo. Aunque la exposición haya versado tan sólo sobre algunas cuestiones puntuales, creo –con toda la prudencia que requieren los vaticinios– que la respuesta será afirmativa: el Reglamento Roma I será eficiente. Por lo pronto, será más eficiente que su antecesor –el Convenio de Roma de 1980–. Desde luego, será mucho más eficiente que el vetusto art. 10.5 de nuestro Código civil.

133. En términos generales, el Reglamento Roma I es una necesaria *mise au point* del Convenio de Roma de 1980. Aunque aún esté por ver cómo incide en la realidad jurídica internacional y quepa discrepar de algunas de las concretas soluciones que aporta, supone *importantes avances* en, al menos, *tres frentes*:

1º) Ha reducido los *costes de transacción* empresariales. Para ello, ha despejado algunas de las cuestiones que la autonomía conflictual planteaba y establecido reglas especiales para contratos parti-

ment of Art Treasures”, *Harvard International Law Journal*, 12, 1971, pp. 537-556; A. HALSDORFER, *Privat- und kollisionsrechtliche Folgen der Verletzung von Kulturgüterschutznormen auf der Grundlage des UNESCO-Kulturgüterübereinkommens 1970*, Frankfurt am Main, 2008; A.G. HINGSTON, “U.S. Implementation of the UNESCO Cultural Property Convention”, en P. MAUCH MESSENGER (Ed.), *The Ethics of Collecting: Whose Culture? Cultural Property: Whose Property?*, Albuquerque, New Mexico, 1989, pp. 129-147; L.A. HOFKIN, “The cultural Property Act: The Art of compromise”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts*, 12, 1988, pp. 423-450; W. KAPLAN, “Assistance under the 1970 UNESCO Cultural Property Convention: Canada’s Request to the United States”, *Stanford Journal of International Law*, 22, 1986, pp. 123-152; N.R. LENZNER, “The Illicit International trade in cultural property: does the UNIDROIT Convention provide an Effective Remedy for the Shortcomings of the UNESCO Convention?”, *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, 15, 1994, pp. 469-507; A. LO MONACO, “Sulla restituzione di beni culturali rubati all’estero second la convenzione dell’UNESCO”, *RDI*, 71, 1988, pp. 842-855; S.H. McNUTT/A. SALAZAR HOBSON, “The UNESCO Convention on Cultural Property: Overdue for Implementation”, *University of California Davis Law Review*, 15, 1982, pp. 1067-1092; C.L. MORRIS, “In Search of a Stolen Masterpiece: The Causes and Remedies of International Art Theft”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 5, 1988, pp. 59-81; P.J. O’KEEFE, *Commentary on the UNESCO 1970 convention in Illicit Traffic*, Leicester, 2000; M. PAPAGEORGE KOUROUPAS, “U.S. Efforts to Protect Cultural Property: Implementation of the 1970 UNESCO Convention”, en K. WALKER TUBB (Ed.), *Antiquities: Trade or Betrayed; Legal, Ethical and Conservation Issues*, London, 1995, pp. 83-93; L.V. PROTT, “International Control of Illicit Movement of the Cultural Heritage: The 1970 UNESCO Convention and Some Possible Alternatives”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 10, 1983, pp. 333-351; ID., “The 1970 UNESCO Convention on Illicit Traffic: Present Practice and Future Development”, en *La protezione internazionale dei beni culturali: atti del Convegno celebrativo del 30º anniversario della Convenzione dell’Aja sulla protezione dei beni culturali nei conflitti armati (Firenze, 22-24 novembre 1984)*, Roma, 1986, pp. 121-138; ID., “Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT-Konvention und nach der UNESCO-Konvention”, *ZVglRWiss.*, 95, 1996, pp. 188-202; ID., “UNESCO celebrates Thirtieth Anniversary of Its Convention on Illicit Traffic”, *International Journal of Cultural Property*, 9, 2000, pp. 347-349; F. SHYLLON, “The Recovery of Cultural Objects by African States through the UNESCO and UNIDROIT Conventions and the Role of Arbitration”, *Uniform Law Review*, 5, 2000, pp. 219-241; W. SIEROSZEWSKI, “Les origines et les principes de la convention de 1970 sur les mesures à prendre pour empêcher l’exportation, l’importation et le transfert illicites des biens culturels”, *Annuaire de l’A.A.A.*, 44, 1974, pp. 63-73; E.G. WHITLAM, “The 1970 Unesco Convention: An Historical Overview”, en L.V. PROTT/J. SPECHT (Eds.), *Protection or Plunder?: Safeguarding the Future of Our Cultural Heritage; Papers of the UNESCO Regional Seminar on the Protection of Movable Cultural Property, Brisbane, Australia, 1986*, Canberra, 1989, pp. 14-18; E. WIEDERKEHR SCHULER, *Kulturgüterschutz – freier Kunstmarkt: Zwei internationale Konventionen; Unidroit und UNESCO 1970*, Zürich, 2000.

⁴⁰⁶ C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, vol. 3, Valencia, 1995, pp. 2843-2900; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales, una aproximación económica”, *REDI*, 1995-II, vol. XLVII, pp. 11-41; ID., *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Madrid, 2002, pp. 22-25; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *BIMJ*, Año 62, n° 2065, 2008, pp. 2351-2378.

⁴⁰⁷ Para una exposición de conjunto, *vid.*, *ad ex.*, E.A. O’HARA/L.E. RIBSTEIN, “Conflict of Laws and Choice of Law”, en B. BOUCKAERT/G. DE GEEST (Ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, University of Ghent and University of Utrecht, 2000, versión *on line*, pp. 631-660, conccr. p. 631.

culares. Cierto es que no ha estado especialmente afortunado a la hora de regular las relaciones entre la competencia judicial y la competencia legislativa –o, expresado en términos más sencillos, si la elección del tribunal supone implícitamente también la del Derecho aplicable al contrato internacional–. No es menos cierto que ha dado un portazo a la nueva *Lex Mercatoria* y eventualmente a las –por lo demás, excelentes– codificaciones conocidas como *Principios* (los *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* y los *European Principles of Contract Law*). Pero, en todo caso, no es menos cierto que la existencia de respuesta a ambas cuestiones resulta preferible al silencio anteriormente vigente bajo el Convenio de Roma de 1980 desde el punto de vista de la seguridad jurídica y que, por lo que respecta a los *Principios* o sobre todo un *Marco común de referencia*, queda abierta la posibilidad de su posible consideración en el futuro como un haz de soluciones materiales a los problemas de la contratación internacional.

2º) Ha incrementado la defensa que los *consumidores* podían esperar del ordenamiento jurídico. Para ello, ha mantenido el *Günstigkeitsprinzip* frente a una solución más radical que no necesariamente favorecía a los consumidores (la aplicación exclusiva del ordenamiento jurídico del país de residencia habitual del consumidor), ha extendido el ámbito de aplicación de la norma de conflicto especial para los contratos internacionales concluidos por consumidores a, en principio, todo tipo de contrato, ha recurrido a la noción de “actividad dirigida” para justificar la competencia de la ley del país en que el consumidor tiene su residencia habitual y ha precisado las cinco excepciones objetivas –de las que sólo dos estaban ya en el Convenio de Roma de 1980– que deben regirse por las normas de conflicto generales previstas por el Reg. Roma I y no por su art. 6.

3º) Ha encauzado correctamente la posible aplicación de las *normas internacionalmente imperativas* de terceros Estados. En efecto, la admisión –tan polémica– de las normas imperativas de terceros Estados no constituye, sino un reflejo de un fenómeno más profundo, que no cabe ignorar: la incidencia –creciente– de la intervención estatal sobre la autonomía –menguante– de los particulares. No es, por lo demás, una característica privativa del Reg. Roma I, ni siquiera del Derecho contemporáneo, que se pueda ignorar; por lo que la existencia de una norma como el art. 9 Reg. Roma I –que faculta, pero no obliga al juez– resulta preferible a la ausencia de toda previsión legal. Dicha disposición sigue facultando a los tribunales, pero su discrecionalidad se ha visto reducida por dos exigencias (la aplicabilidad de las normas internacionalmente imperativas del Estado de ejecución si, además, convierten en ilegales las obligaciones surgidas del contrato), que evitan que el Derecho público extranjero pueda erosionar excesivamente a la *lex contractus* y dañar los intereses comerciales.

134. Con este nuevo Reglamento comunitario, la sociedad ha ganado seguridad jurídica y libertad. Es la contribución que cabía esperar de los juristas. No es poco en estos tiempos de crisis que vivimos. Por otra parte, hubiera sido necio por mi parte no trazarles un retrato fiel, con luces y sombras, de este Reglamento comunitario. Me temo que, a corto, plazo oiremos un *coro de plañideras*, quejándose amargamente de las “oportunidades perdidas”: que si se ha esquivado a la *Lex Mercatoria*, como alternativa metodológica, que si los Principios de Unidroit han sido preteridos... Parece que les hubieran hurtado el Paraíso con el que soñaban: un Edén poblado por una sociedad o comunidad internacional de comerciantes honrados y benéficos, dotados de un ordenamiento surgido y aplicado al margen de los Estados. Quienes no se percatan de la desigual luminiscencia de las obras humanas y sólo admiten filias (o fobias) inquebrantables representan intereses ocultos (quizá los suyos propios) o se olvidan que, como escribió MARCEL PROUST, no hay más paraísos que los perdidos. En todo caso, intentar satisfacer el anhelo de justicia de nuestra sociedad constituye la *grandeza y servidumbre* de nuestra profesión.