

Elección tácita de ley aplicable contraria a pacto expreso
previo en el contrato - A propósito de la SAP de Barcelona
756/2023 de 19 de mayo de 2023

Implied choice of law agreement in international contracts
against a previous express agreement - Regarding the
Provincial Court of Barcelona (SAP Barcelona) resolution
756/2023 of 19th of May 2023

XABIER ORBEGOZO MIGUEL

*Profesor ayudante de Derecho internacional privado
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0002-9697-6467

Recibido: 15.12.2023 / Aceptado: 17.01.2014

DOI: 10.20318/cdt.2024.8451

Resumen: El presente trabajo parte del análisis de una resolución de la AP de Barcelona referida a un contrato de compraventa de participaciones de una sociedad constituida en Rumanía entre personas con residencia habitual en España. Dicho contrato contenía una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales rumanos, eligiéndose la legislación del mismo Estado para regir el contrato. Obtenida una primera resolución desfavorable en Rumanía la demandante demanda en España para obtener la nulidad del contrato. Tanto la demanda como la contestación se se fundamentan en Derecho español. Analizaremos la competencia de los tribunales españoles, la posibilidad de aplicar un Derecho que no es el previsto en el contrato por acuerdo tácito posterior y las eventuales dificultades para reconocer esta sentencia española en Rumanía.

Palabras clave: Contrato internacional, autonomía de la voluntad conflictual, elección tácita de ley aplicable, Reglamento Roma I, Reglamento Bruselas I-bis.

Abstract: This paper is based on the analysis of a resolution of the Provincial Court of Barcelona referring to a contract for the sale of shares of a company incorporated in Romania between persons with habitual residence in Spain. That contract contained a choice of court agreement in favour of the Romanian courts, the law of the same State being chosen to govern the contract. Having obtained a first unfavourable decision in Romania, the plaintiff sued in Spain. This claim, which seeks the nullity of the contract, is based on Spanish law. We will analyse, on the one hand, the competence of the Spanish courts in this case, the possibility of applying a law that is not the one provided for in the contract and the possible difficulties in recognising this Spanish judgment in Romania.

Keywords: International contract, party autonomy, implied choice of law, Rome I Regulation, Brussels I Regulation-recast.

Sumario: I. Antecedentes del caso. 1. Hechos relevantes e iter procesal en Rumanía. A) El contrato de compraventa de participaciones controvertido. B) Inscripción de la compraventa en Rumanía - oposición de la heredera. 2. Demanda posterior en España. II. Competencia de los tribunales

españoles. III. Cosa juzgada internacional por la existencia de previa resolución judicial rumana. IV. Derecho aplicable al contrato celebrado en Rumanía. 1. Ley aplicable al caso - Reglamento Roma I – Ámbito de aplicación del Reglamento. A) La tesis del elemento extranjero. 2. Ley aplicable al contrato – Artículo 3 - autonomía de la voluntad como principio fundamental del Reglamento. 3. Obviando el pacto previo - la “elección tácita” de ley aplicable. A) Elección de foro como indicador de elección de ley aplicable. V. Conclusión.

I. Antecedentes del caso

1. Hechos relevantes e *iter procesal* en Rumanía

1. Antes de entrar en las cuestiones relacionadas con la disciplina del Derecho internacional privado presentes en el caso es obligada una previa aproximación a los elementos fáctico-jurídicos del mismo que servirá, además, como hilo conductor del presente trabajo. La sentencia comentada relata una sucesión de actos jurídicos -en forma de, por un lado, diferentes testamentos de un mismo testador en un margen de pocos años y otros atinentes a la posición de este en una sociedad coparticipada constituida en Rumanía- cuestiones que cobran especial relevancia al fallecimiento del testador y socio de la misma.

2. En abril del año 2002 dos ciudadanos españoles -“Guadalupe” y “Patricio”- constituyen, participando al 50%, una sociedad en Rumanía, constando ambos como administradores de esta. 10 años más tarde, afectado según se desprende del texto de la sentencia, de alguna enfermedad que compromete seriamente su vida, “Patricio” otorga diferentes escrituras ante notario.

3. Por un lado, otorga un Poder especial a favor de su socia “Guadalupe” y la hija de esta, para que esta pudiera vender sus participaciones de la sociedad y ejercitar todos los derechos y obligaciones como socio. Asimismo, otorga poder a su mujer “Florinda” para que esta pudiera administrar sus bienes y sus cuentas bancarias. Otorga, además, testamento abierto para instituir herederos por partes iguales a su esposa y a los hijos que pudiese tener en el futuro, sustituyéndolos en caso de premoriencia de todos ellos por Guadalupe y Rosario, por partes iguales.

4. Establece, además, varios legados, entre los que destaca el que establece a favor de su socia por “la totalidad de las acciones que le pertenecen en las sociedades mercantiles o comerciales de responsabilidad limitada de las que es socio”.

A) El contrato de compraventa de participaciones controvertido

5. Poco después, y con aparente empeoramiento de su estado de salud, suscribe con su socia un contrato de compraventa -ante notario en Rumanía- en virtud del cual transmite a “Guadalupe” el derecho de propiedad sobre sus participaciones sociales -el 50%- de la sociedad mercantil que compartían por un precio casi simbólico de 16000 euros -siendo una sociedad con una facturación anual muy superior-. La compraventa queda, sin embargo, sin ser ejecutada, hasta que la preceptiva inscripción en el Registro Mercantil rumano se materializa 4 años más tarde. Los problemas de salud de “Patricio” justifican, aparentemente, todos estos movimientos.

6. En el año 2017, poco antes de fallecer, “Guadalupe” -la socia- y “Patricio” se reúnen en asamblea general y acuerdan la ejecución del contrato de compraventa de participaciones referido y su inscripción. A consecuencia de dicha compraventa “Patricio” pierde su cualidad de socio y desiste de sus responsabilidades como administrador de la mercantil. Al poco tiempo fallece dejando a su esposa y heredera desprovista de la participación en la sociedad que le habría correspondido de no ser por la citada compraventa.

B) Inscripción de la compraventa en Rumanía - oposición de la heredera

7. Ese mismo día, se presenta ante el Registro Mercantil en Rumanía la solicitud para la inscripción del contrato, inscripción a la que se opone la esposa del fallecido, y heredera perjudicada por la compraventa. Dicha oposición se sustancia ante los tribunales rumanos. A efectos del análisis posterior, cabe señalar que la demandante se opone a la decisión de la junta general de inscripción del contrato en el Registro mercantil -y ejecución de facto del mismo-, no dirigiendo su demanda contra la validez del propio contrato -como sí hará en España-.

8. La demanda es estimada en primera instancia, y en 2019 se declara la nulidad de la decisión de la Junta General de socios celebrada en 2017 y la correspondiente cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil. Sin embargo, la Corte de Apelación de Bucarest revoca la sentencia de instancia -julio de 2020- y rechaza la acción de la Sra. Florinda por “no fundamentada”. En esta situación la demandante decide iniciar un nuevo procedimiento en España.

2. Demanda posterior en España

9. Así las cosas, el procedimiento en España se sustancia a través de demanda de juicio ordinario de “Florinda” -esposa- contra “Guadalupe” -socia- solicitando la nulidad de la compraventa por tratarse a su entender de una “simulación absoluta”¹. En este caso carga contra la propia validez del contrato. Argumenta la demandante que su esposo nunca quiso desprenderse de las participaciones sino “únicamente ordenar su sucesión en cuanto a su participación en la sociedad sin coste fiscal para su socia Guadalupe, y únicamente para el caso de haber fallecido en la operación de trasplante de hígado a la que fue sometido en 2013”. Alega por tanto que el contrato estaba condicionado al fallecimiento de “Patricio” en la citada operación, quedando sin efecto en caso de supervivencia. Considera que nos encontramos ante un contrato nulo, por tratarse de una compraventa simulada.

10. El argumentario central para justificar esta supuesta “simulación” sería la consideración de “precio vil” por la que se venden las participaciones -poco más de 16000 euros por el 50% de una sociedad con beneficios superiores al millón de euros anuales-. Tanto es así que Patricio, al sobrevivir a su operación, continúa ejerciendo de administrador y socio propietario de las acciones en los cuatro años que se tardó en inscribir la compraventa -fallecido ya “Patricio”-.

11. En primera instancia² se desestima la demanda al concluirse que “no se ha acreditado que el contrato de compraventa de 20 de noviembre de 2013 fuera un contrato simulado, sino que simplemente se trató de un contrato de compraventa en el que se fijó un precio muy bajo por cada una de las participaciones sociales (...) para evitar el pago de impuestos elevados, y que posteriormente se intentó solventar otorgando un codicilo con el precio real “. La sentencia es recurrida por la demandante “Florinda” y, aunque irrelevante a efectos del presente estudio, el recurso será igualmente desestimado.

12. Procederemos, a continuación, a analizar las derivadas de Derecho conflictual que subyacen en un caso en el que confluyen partes con residencia habitual en España que demandan en España respecto de una compañía constituida de acuerdo con el Derecho de otro Estado miembro y un contrato de compraventa de participaciones sociales celebrado en ese mismo lugar -que incluía una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales rumanos y elegía el Derecho de este mismo país como ley rectora del contrato. Por si esto fuera poco debemos introducir como “elemento distorsionador” la existencia de una resolución previa en Rumanía entre las mismas partes.

¹ Sentencia analizada, FD 2º.

² En primera instancia: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sant Feliu de Llobregat.

II. Competencia de los tribunales españoles

13. Si bien la argumentación contenida en la resolución repara esencialmente en cuestiones sobre ley aplicable, la primera y fundamental cuestión ante un caso como el presente siempre será la de la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en una controversia cuya única vinculación con España es el domicilio/nacionalidad de las partes. La propia sentencia³ alude a la demanda presentada en España obviando la cláusula de sumisión a los tribunales rumanos contenida en el contrato y a la justificación -sobre la que no da más detalles- de traer la demanda a España. La existencia de la cláusula de elección de foro a favor de los tribunales rumanos nos invita a analizar algunas cuestiones.

14. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en un caso como el presente -que implica a dos estados miembros⁴ estará determinada por el Reglamento 1215/2012 “Bruselas I-bis” o “RBI-bis”⁵ que en este supuesto concreto establecería la competencia de los tribunales rumanos por cuanto -ex art. 7.1.a- este sería el “órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda”. Siendo claro que la “obligación que sirve de base a la demanda” es la de la transferencia de participaciones de una sociedad constituida en Rumania, no albergamos dudas sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales rumanos.

15. A mayor abundamiento, como indica la sentencia, el contrato controvertido incluía una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales rumanos, por lo que -ex art. 25, prórroga expresa de la competencia- la competencia de estos estaría doblemente garantizada y solo decaería en dos supuestos. Prevalecerían sobre esta elección expresa la competencia derivada de las materias sujetas a competencia exclusivas del artículo 24⁶ o ante una “prórroga tácita de la competencia” del artículo 26⁷ -operando las competencias exclusivas del artículo 24 como límite también en este caso-.

16. Esta sería la única vía por la que los tribunales españoles pueden atribuirse competencia en este caso. A pesar del acuerdo de elección de foro contenido en el contrato, la presentación de la demanda en España y su contestación -sin que esa contestación sirva para hacer valer el acuerdo de elección de foro en forma de declinatoria de jurisdicción- supone, un acuerdo implícito para atribuir competencia a los tribunales españoles.

III. Cosa juzgada internacional por la existencia de previa resolución judicial rumana

17. Relacionado estrechamente con la competencia judicial española subyace en este punto la compatibilidad del procedimiento iniciado en España con el concluido ya en Rumanía. Recordemos que la demandante pretendió en origen anular el acuerdo de la junta de la mercantil para la ejecución del contrato de compraventa⁸, lo que, *stricto sensu*, difiere del objeto de la demanda en España, que se

³ Sentencia analizada, FD 3º.

⁴ Rumanía ostenta la categoría de Estado miembro desde el 1 de enero de 2007.

⁵ Reglamento (UE) no 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁶ Concretamente: Derechos reales inmobiliarios y arrendamiento de bienes inmuebles; validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas; validez de inscripciones en registros públicos; inscripción o validez de patentes o marcas; ejecución de resoluciones judiciales. Aunque el contrato se refiera a cuestiones sociales, no estamos en ninguno de los presentes supuestos.

⁷ Sobre este particular, entre otros: M. A. CEBRIÁN SALVAT, “EL TJUE y el Reglamento Bruselas I-bis: la sumisión expresa y tácita de las partes”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, coord. por A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2021, págs. 115-140; N. MARCHAL ESCALONA, “Sobre la sumisión tácita en el reglamento de Bruselas I bis”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, N.º. 13, 2013, págs. 147-170; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Posible nueva interpretación del foro de sumisión tácita del Reglamento Bruselas I bis”, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del V Encuentro anual del Centro español del European Law Institute* / coord. por M. LUBOMIRA KUBICA; A. RUDA GONZÁLEZ (DIR.) / C. JEREZ DELGADO (DIR.), 2021, pp. 680-695.

⁸ Vid supra en antecedentes.

refiere al propio contrato de compraventa y a su potencial nulidad. Con todo, si los tribunales españoles estimaran la demanda -considerando nula la compraventa- esta resolución podría entrar en contradicción con la que confirmaba la inscripción de la compraventa en el registro rumano.

18. Aunque nada estime el tribunal español sobre este particular, cabría plantearse si no estaríamos ante un supuesto de *res iudicata* internacional que tendría, alternativamente, dos consecuencias. Por un lado, podría cerrar la puerta a una nueva acción en España⁹, lo que concluiría con el procedimiento definitivamente.

Si este no fuera el caso -y no lo es en el supuesto estudiado- y los tribunales españoles se pronunciaran sobre la cuestión, podría generarse algún problema en la siguiente fase, que sería la del reconocimiento de la sentencia en Rumanía. Recordemos que, a las partes, especialmente a la demandante, le interesa que el negocio -la compraventa-, celebrado en Rumanía quede sin efecto. El reconocimiento de una eventual sentencia estimatoria a las pretensiones de la demandada haría nula la compraventa. Si esto fuera así -aunque la Audiencia, a la espera de un eventual recurso, desestima la apelación- cabría plantearse la aplicación del artículo 45.1.c del RBI-bis, que recoge expresamente la posibilidad de denegación de reconocimiento cuando la resolución a reconocer fuera “inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido”. Por lo tanto, la demandada, si viera peligrar la validez del contrato tendría -si bien afirmamos esto con todas las cautelas y sin detalles del procedimiento en origen- esta posibilidad de cara a hacer valer su derecho.

IV. Derecho aplicable al contrato celebrado en Rumanía

1. Ley aplicable al caso - Reglamento Roma I - Ámbito de aplicación del Reglamento¹⁰

19. El contrato controvertido -de 20 de noviembre de 2013- es un contrato otorgado en Rumanía ante notario del mismo estado, cuyo objeto era la compraventa de participaciones sociales de una sociedad de capital constituida en Rumanía de acuerdo con su Derecho.

20. En España, la norma que preferentemente aplicarán los jueces en conflictos que no sean meramente internos para determinar la ley que se aplicará al fondo del litigio será el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹¹. Dicho texto -art. 1- se aplica a obligaciones contractuales en materia civil y mercantil “en situaciones que impliquen un conflicto de leyes”. El presente supuesto tampoco se encuentra dentro de los supuestos de exclusión del artículo 1.2.

21. Cabe acotar el ámbito de aplicación en lo referente al “carácter internacional” del contrato para determinar si efectivamente debemos recurrir a este texto al tratarse de un caso en el que la totalidad de los elementos -no personales- se encuentran en un mismo Estado -Rumanía-. ¿Bastará el hecho de

⁹ En un caso de divorcio el TS español, en presencia de una resolución extranjera, establecía claramente la diferencia entre litispendencia y cosa juzgada, que erróneamente se argumentaban por las partes. Así, existiendo un procedimiento ya finalizado en otro estado no existe litispendencia, como en el caso objeto del presente trabajo, sino cosa juzgada, cerrando la posibilidad de litigar en España. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015 (5153/2015), comentada por A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015 (5153/2015): Vinculación de Los Tribunales Civiles a Las Sentencias Dictadas Por Tribunales Extranjeros. Cosa Juzgada Internacional. Repetición Del Pleito Terminado En El Extranjero. Rebelión a La Fuerza Del Demandado En El Proceso Extranjero.” *Comentarios a Las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, Volumen 7, 2015, ed. M. YZQUIERDO TOLSADA/J.M. DÍAZ FRAILE, 1ª ed., Dykinson., 2017, pp. 381–92. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/j.ctt1zgb3dt.26>.

¹⁰ Vid. entre otros: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales en el Reglamento Roma I*, COLEX, Madrid, 2009; A. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 1, Nº. 2, 2009, págs. 52-133; U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Rome I Regulation – Commentary*, Volume 2, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017. <https://doi.org/10.9785/9783504384814>.

¹¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>

que las partes en conflicto tengan nacionalidad-residencia habitual en otro Estado para poder aplicar el Reglamento?

22. Sobre este particular la doctrina acepta mayoritariamente la tesis del elemento extranjero al interpretar “situaciones que impliquen un conflicto de leyes”.

A) La tesis del elemento extranjero

23. Las situaciones descritas por el artículo 1 han sido tradicionalmente interpretadas de manera bastante amplia, considerando que deberá aplicarse el Reglamento cuando exista un “elemento extranjero” de cualquier tipo, independientemente de la relevancia de este, si su existencia conlleva que se generen dudas sobre la ley que regirá el contrato. En el presente supuesto, existe un elemento extranjero evidente, puesto que a pesar de que elementos centrales del contrato, el domicilio de la sociedad y el Derecho conforme al cual se crea, se encuentran en el mismo estado, el elemento personal del contrato, las partes, no ostentan la misma nacionalidad que el resto de los elementos.

24. Adicionalmente, el Reglamento permite la internacionalización de un contrato cuyos elementos estén asociados a un mismo Estado a través de la elección de ley aplicable acordada por las partes. Es decir, si las partes -de un país determinado-, en un contrato vinculado exclusivamente en todo con ese mismo Estado, eligen la ley de un tercer Estado como rectora del contrato estarán internacionalizando el contrato. En este caso, no obstante, la elección estará condicionada a través de la denominada “cláusula antifraude” de los artículos 3.3. (cláusula antifraude nacional) y 3.4. (cláusula antifraude europea), no pudiendo obviarse las disposiciones imperativas del Estado con el que guarde relación el contrato (o con el Derecho europeo, en el segundo caso)¹².

25. En este caso, no obstante, la nacionalidad/domicilio en España de las partes bastaría para introducir un componente de internacionalidad en el caso. Se trata, como sabemos, de partes españolas haciendo negocios en Rumanía que además incorporan una cláusula de elección de Derecho rumano en el contrato de compraventa.

2. Ley aplicable al contrato – Artículo 3 - autonomía de la voluntad como principio fundamental del Reglamento

26. En el caso objeto del presente estudio las partes incorporan en el contrato la siguiente cláusula: “El presente contrato será registrado e interpretado según la legislación rumana”. Eligen, por tanto, de manera expresa la legislación rumana para regir el contrato de compraventa de participaciones.

27. En ejercicio de su autonomía conflictual las partes se acogen a lo establecido en el Reglamento Roma I, que en su artículo 3 indica que, de manera preferente, el “contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. (...)”. En este caso, de acuerdo con lo indicado en el punto anterior, pocas dudas albergamos sobre el carácter expreso de la elección.

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

“4. Cuando 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 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.”

28. No obstante, la demandante, al interponer la demanda en España, lo hace basándose en las disposiciones aplicables del Código Civil español, eligiendo por tanto la legislación española en contra del pacto expreso.

3. Obviando el pacto previo - la “elección tácita” de ley aplicable

29. A pesar de la claridad de la elección de foro/ley aplicable indicada, la demanda formulada en España se basa en Derecho español, obviando por completo la cláusula. Concretamente se refiere, exclusivamente, a la regulación sobre contratos contenida en nuestro Código Civil para defender la supuesta simulación.

30. En este punto es clave la actuación de la contraparte, que podría haber hecho valer la cláusula contractual. Sin embargo, la demandada -también española- tampoco se remite al acuerdo ni a la legislación rumana, contestando a la demanda de acuerdo con la legislación española y aplica directamente el Código Civil. De manera análoga a lo que ocurría con la prórroga tácita de la competencia se está produciendo una elección tácita de la ley aplicable, situación no ignorada por el Reglamento¹³.

31. En efecto, el momento de elección de la ley aplicable al contrato no queda limitado al momento de la conclusión de este. Aunque lo ortodoxo será acordar estas cuestiones en el mismo contrato¹⁴ y respetar dicho pacto -ya que se entiende se ha hecho respondiendo al interés de las partes que libremente lo acuerdan-, el artículo 3 del Roma I, apartado segundo, indica que “las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad (...)”. Nada impide esta elección posterior incluso en los supuestos en los que la elección previa, como en el presente caso, fuera expresa, y la posterior implícita¹⁵.

32. Respecto de la forma que puede adoptar esta designación, esta podrá ser, naturalmente, expresa -mediante un nuevo acuerdo a tal efecto que modifique el anterior – o implícita -derivándose de las “circunstancias del caso”¹⁶. Cabe por tanto la posibilidad de un acuerdo tácito de elección de ley¹⁷, materializándose habitualmente¹⁸ a través de la propia presentación de la demanda en base a la legislación del foro y la contestación referida a ese mismo texto¹⁹. Aceptan ambas partes la aplicación al contrato de la legislación española, lo que constituye una manifestación inequívoca de su voluntad respaldada por el Reglamento, en coherencia con la posibilidad ofrecida en el ámbito de la competencia judicial internacional por el Reglamento Bruselas I-bis²⁰.

33. La mera alegación del Derecho extranjero por parte de la demandante operaría, por tanto, como indicio claro de la voluntad²¹ de someterse a dicha legislación. Esta opción cuenta con pleno respaldo por parte de la jurisprudencia española. En una resolución de 2004, la AP de Barcelona²² ya

¹³ En el ámbito del Derecho sucesorio, sobre esta misma posibilidad vid. E. CASTELLANOS RUIZ, “La elección implícita de ley en el Reglamento europeo de sucesiones”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 50, 2019.

¹⁴ E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, p. 107.

¹⁵ H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de los controvertidos Artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: perspectiva de lege lata y propuestas de lege ferenda”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 6, Nº. 1, 2014, pp. 45-67, p. 50.

¹⁶ Art. 3.1 Reglamento Roma I

¹⁷ Cuestión tratada monográficamente en M. PENADÉS FONTS, *Elección tácita de Ley en los contratos internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

¹⁸ A. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones...” op. cit. p. 83.

¹⁹ Nada impide -ibid. p. 84 citando jurisprudencia- sin embargo, que se fundamenten las pretensiones en la legislación de un tercer estado.

²⁰ Con el que se aprecia una “coherencia valorativa”, vid. H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de los controvertidos...”, op. cit., p. 48.

²¹ Si bien es una suposición que puede ser equivocada, no pudiendo descartarse un error a la hora de preparar la demanda.

²² SAP Barcelona de 3 de marzo de 2004, 2740/2004 - ECLI:ES:APB:2004:2740. Criterio no cuestionado en casación por el TS en la STS 6454/2008 - ECLI:ES:TS:2008:6454.

admitió esta posibilidad en un caso el que las partes aplican Derecho colombiano. Aludiendo en este caso al artículo 3 del Convenio de Roma -predecesor del actual Reglamento- la Audiencia afirmaba que la voluntad de las partes se habría manifestado en el procedimiento “habida cuenta del consenso manifestado en el acto de la Audiencia Previa” en el que el juez de instancia recoge que existió “conformidad de ambas partes..., en cuanto a la aplicación del Derecho Colombiano”²³.

34. Aunque el caso objeto de estudio la actuación procesal de las partes resulta suficiente para demostrar su voluntad, en ocasiones la voluntad implícita de las partes podrá inferirse de elementos más sutiles -no enumerados en ningún caso en los textos legislativos²⁴-. Numerosos indicios, desde los más básicos como el idioma, el lugar de residencia habitual de las partes o el lugar de celebración/cumplimiento del contrato, pueden constituir elementos de cierto peso, sin que, en ningún caso puedan ser considerados aisladamente para argumentar la aplicabilidad de un Derecho nacional determinado. Al margen de estos, destaca para el estudio jurídico el controvertido papel del acuerdo de elección de foro -sin elección de ley aplicable- como indicador de la voluntad de las partes.

A) Elección de foro como indicador de elección de ley aplicable

35. En los casos en los que las partes introducen una cláusula de elección de foro a favor de tribunales concretos sin existir la correspondiente cláusula referente a la ley aplicable²⁵, ¿debe entenderse que la elección de foro implica también la elección de esa misma legislación sobre el fondo?

36. Si bien la naturaleza del presente trabajo no permite una exhaustiva revisión de la cuestión, debe señalarse el interés doctrinal²⁶ en torno a esta posibilidad, no aclarada expresamente en los textos legislativos aplicables. Concretamente, el Reglamento Roma I se limita a indicar en su exposición de motivos -considerando 12- que “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 deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato.”

37. Dada la débil aportación legislativa, el debate giraría en torno a si la elección de *forum* -sin determinación del *ius*- debe ser tenida en cuenta siquiera como indicio²⁷ de la voluntad de las partes en aras a determinar la ley aplicable o si, por el contrario, la no determinación de ley aplicable de manera expresa debe ser entendida como una deliberada acción de las partes que, precisamente, no prevén la aplicación de la misma legislación²⁸, dado que los reglamentos Bruselas y Roma tienen ámbitos de aplicación diferentes. Algunos lamentan la oportunidad perdida en la elaboración del Roma I para introducir una regulación de ambos textos en relación con esta cuestión²⁹.

²³ SAP Barcelona, cit., FD 3º.

²⁴ Siquiera como guía sobre la cuestión: M. GIULIANO Y P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, de 11 de diciembre de 1992, núm. C 327/1, págs. 15-16.

²⁵ Lo ortodoxo sería, desde luego, que la cláusula que incluya la elección de foro se refiera igualmente a la ley aplicable, así se contempla en la totalidad de los contratos modelo de las principales instituciones internacionales, pero nada impide hacer una mera referencia al foro, quedando a expensas de la legislación de Derecho internacional privado pertinente la determinación de la ley aplicable en ausencia de elección.

²⁶ C. S., ADESINA OKOLI, “The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective”, *Uniform Law Review*, Oxford, 2023, 00, 1–29. <https://doi.org/10.1093/ulr/unad016>; M. PENADÉS FONTS, *Elección tácita...*, op.cit.

²⁷ De esta opinión C. S., ADESINA OKOLI, “The significance of a forum selection...”, op. cit. y M. PENADÉS FONTS, *Elección tácita...*, op.cit. pps. 115-141.

²⁸ H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de los controvertidos...”, op. cit. p. 49, rechaza otorgar gran peso al acuerdo de elección de foro a la hora de considerar una elección de ley puesto que ambos textos “ambos reglamentan ámbitos diferentes” y a esos ámbitos debe limitarse su aplicación. Por ello, sigue la autora “la elección por las partes del contrato internacional de un tribunal estatal, para que conozca del co-rrespondiente litigio, no conlleva en modo alguno la voluntad de dichas partes de someterse a la ley del Estado en el cual dicho tribunal ejerce su jurisdicción”.

²⁹ A. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones...” op. cit. pág. 133

V. Conclusión

38. En definitiva, de acuerdo con los argumentos expuestos y al margen de las consideraciones sobre el fondo que hace el tribunal sentenciador, las partes en el presente litigio obvian el pacto contenido en el contrato controvertido según el cual debían someter sus controversias a la justicia rumana y de acuerdo con su legislación, planteando en caso en España. Siendo clara la posibilidad de proceder de este modo, así se recoge en las disposiciones comentadas, en este caso la decisión puede responder además a motivos de eficiencia -principio rector de las normas de Derecho privado³⁰- o economía procesal. Subsiste, con todo, una cuestión importante.

39. Una eventual resolución estimatoria a las pretensiones de la demandante en España -desestimadas en la sentencia comentada-, aunque esta no comparta exactamente la misma causa con el procedimiento seguido en nuestro país, podría ofrecer resultados contradictorios con aquella, lo que impediría o al menos dificultaría su reconocimiento/ejecución en dicho país.

³⁰ Ibid. p. 132.