

La regulación de los contratos internacionales en la Unión Europea

Aurelio López-Tarruella Martínez*

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto ofrecer una aproximación general de las normas de derecho internacional privado de la Unión Europea que regulan los contratos internacionales. En la primera parte, se abordan las normas del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I) por las que se determinan los tribunales competentes para conocer de demandas en estas materias. Para ello se establece una distinción según las partes del contrato hayan hecho uso de una cláusula de sumisión o no. En la segunda parte, se analiza el Reglamento 593/2008 (Roma I) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. De nuevo, en esta sección del trabajo se distingue según las partes hayan elegido o no la ley aplicable al contrato. También se analizan los mecanismos que establece el Reglamento para garantizar la salvaguarda de los intereses fundamentales del foro en materia patrimonial.

Palabras clave: contratos internacionales, Unión Europea, competencia judicial internacional, ley aplicable.

The Regulation of International Contracts in the European Union

ABSTRACT

The aim of this paper is to provide a general overview of the rules of Private international law in the European Union that deal with international contracts. The first part of the paper focuses on the analysis of the rules of Regulation 1215/2012 (Brussels I) that determine the international jurisdiction of the courts of the Member States to hear about contractual disputes. For this purpose a distinction is made between situations in which the parties have made use of forum-choice clauses and situations in which this has not been the case. The second part analyses Regulation 593/2008 (Rome I) on the law applicable to contractual obligations. As in the previous section, a distinction is made on whether the parties have agreed on the applicable law or not. This part also includes an analysis of the mechanisms in the Regulation allowing Member States to safeguard their national or EU interests.

Key words: International contracts, European Union, International Jurisdiction, Applicable Law.

* Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, España. Correo electrónico: Aurelio.Lopez@ua.es

1. Introducción: características generales de la contratación internacional en la actualidad

El contrato es el principal instrumento jurídico de circulación de los valores patrimoniales y de la riqueza en el ámbito internacional. Es el vehículo jurídico más perfecto que se conoce para el cambio de cosas, derechos y servicios entre operadores económicos en el contexto de la economía de libre mercado internacional (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2013, p. 478).

La celebración de contratos para el intercambio internacional de bienes, derechos y servicios se ve facilitado por la reducción de las barreras arancelarias y la apertura de los mercados que se ha conseguido fruto de las normas adoptadas en el seno de la OMC (GATT, GATS) y de los procesos regionales de integración (de entre los cuales el más avanzado es el de la Unión Europea) y de los tratados de libre comercio¹.

Asimismo, este intercambio internacional se ve favorecido por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por cuanto: a) facilitan la comunicación entre los operadores en el comercio internacional y la celebración de contratos internacionales, no solo a través de intercambios de *e-mail* o sitios web sino, sobre todo, gracias a la aparición de los mercados electrónicos cerrados o *eMarketplaces*; b) suponen la aparición de un mercado electrónico de servicios que se prestan en Internet —servicios financieros, empresas de *cloud computing*, servicios de *streaming* de archivos musicales o audiovisuales— o de bienes digitales que pueden ser descargados directamente de un sitio web —*software*, videojuegos o cualquier tipo de información—.

Ahora bien, el hecho de que el mundo esté dividido en Estados, cada uno de los cuales cuenta con sus tribunales y sus leyes, provoca que los contratos internacionales involucren muchos más riesgos que los domésticos, pues no se dispone de la certeza de saber qué derecho nacional debe regir el cumplimiento de las obligaciones contractuales o ante qué tribunales se puede exigir dicho cumplimiento².

Ante este problema, asistimos a dos respuestas. Por un lado, la de los propios actores del comercio internacional que, para reducir los riesgos de la contratación internacional e introducir certeza en la relación contractual, hacen uso de la autonomía de la voluntad y regulan todos y cada uno de los aspectos del contrato, incluida como veremos en el epígrafe II la elección de los tribunales estatales competentes para conocer de cualquier controversia, o el recurso al arbitraje. La reiteración de determinados usos y prácticas por parte de los intervinientes en el comercio internacional, y la

¹ Entre ellos, por su conexión con el presente trabajo, puede citarse como ejemplo el Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte, y Colombia y el Perú, por otra (DOUE 21 diciembre 2012, p. 3 ss).

² Sobre el particular, véase J. Basedow (2012, pp. 137-138).

codificación de los mismos por los organismos privados —como, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional— ha conllevado la aparición de la llamada nueva *lex mercatoria*. Como se explicará en el epígrafe III, esta respuesta resulta imperfecta por carecer de complitud: ni la autonomía de la voluntad, ni la *lex mercatoria* garantizar una regulación completa de los contratos internacionales.

Por otro lado, la de los Estados, los cuales se han esforzado en elaborar instrumentos internacionales de dos tipos, de derecho uniforme y de derecho conflictual. Los primeros establecen un régimen jurídico material uniforme. Es el caso del Convenio de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías, o los convenios existentes en materia de contratos de transporte³. La dificultad de llegar a acuerdos debido a las diferentes concepciones jurídicas o los intereses en presencia provoca que estos convenios estén limitados a sectores muy concretos (Basedow, 2012, pp. 138 ss.).

El segundo tipo de convenios es aquel que establece un régimen uniforme de normas de conflicto, solución que garantiza que, con independencia del tribunal del Estado contratante donde se presente la demanda, el derecho nacional aplicable será el mismo. De nuevo, este tipo de convenios se limitan a materias concretas⁴. Si bien existen convenios de aplicación general a las obligaciones contractuales, el número de ratificaciones recibidas es muy reducido⁵.

El Reglamento de la Unión Europea 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (R. Roma I)⁶ es la excepción a la regla. Se trata de un instrumento de Derecho conflictual aplicable por los tribunales de 27 países (todos los Estados miembros excepto Dinamarca). A él nos vamos a referir en el epígrafe III.

2. Competencia judicial internacional: Reglamento Bruselas I

Según se ha dicho en la introducción, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, las partes de los contratos internacionales pueden elegir un mecanismo de resolución de las controversias que puedan surgir en sus relaciones. La elección de este meca-

³ El Convenio de Ginebra de 1956 sobre el contrato de transporte terrestre internacional (CMR), Convenio de Berna de 1980 relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) o las Reglas de Rotterdam de 2008 sobre transporte marítimo.

⁴ En este sentido, las Convenciones interamericanas sobre conflicto de leyes en letras de cambio, pagarés y facturas, y en materia de cheques de circulación internacional.

⁵ Nos referimos al Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Civil Internacional, el Código de Bustamante y la Convención interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacional hecha en México en 1994. En los tres casos su ámbito de aplicación territorial es muy limitado. En el marco de la Conferencia de La Haya no existe ningún instrumento, aunque se está trabajando en un Proyecto de Principios de La Haya sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales, si bien con carácter de *soft law*. Disponible en http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=49

⁶ DOUE L 177, 4 julio 2008.

nismo es más importante, si cabe en aquellas relaciones que se alargan en el tiempo (contratos de colaboración empresarial, contratos de prestación de servicios, etc.).

Las partes de un contrato pueden optar entre el recurso a la jurisdicción ordinaria de un determinado Estado —a partir de la inclusión de una cláusula de sumisión o acuerdo de elección de foro— o al arbitraje internacional —mediante una cláusula compromisoria o convenio arbitral. En el presente trabajo nos vamos a referir a la primera de estas opciones, por cuanto el tratamiento del arbitraje excede de nuestro objetivo.

Si las partes no prevén nada en el contrato —ya sea porque no han llegado a un acuerdo o, sencillamente, porque no existe un contrato por escrito—, siempre existirá la posibilidad de acordar el recurso a cualquiera de los dos sistemas una vez surgido el litigio.

De no llegar a un acuerdo, la única opción abierta para las partes será la de presentar una demanda ante los tribunales designados por las normas generales sobre competencia judicial internacional.

El instrumento básico en esta materia es el Reglamento 1215/2012 sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (R. Bruselas I)⁷. También existen algunos convenios internacionales que deben ser tenidos en cuenta. El más importante es el Convenio de Lugano de 2007 (CL)⁸, aplicable en las relaciones entre Estados de la Unión Europea y Islandia, Noruega o Suiza. Además, debe tenerse en cuenta que la Unión Europea está en proceso de ratificación del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005 (CLH)⁹. En fin, existen ciertos convenios referidos a ciertos contratos en particular —es el caso, por ejemplo, del Convenio de Ginebra de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)— que se aplican con carácter preferente a estos instrumentos. Así lo establece el Artículo 71 R. Bruselas I. Ahora bien, tal y como ha declarado el Tribunal de Justicia, en caso de existir dudas interpretativas, dichos convenios deben interpretarse de manera que se garantice el respeto de los objetivos y principios que inspiran este Reglamento¹⁰.

⁷ DOUE L 351, 20 diciembre 2012.

⁸ DOUE L 339, 21 diciembre 2007. El texto de este convenio es similar al R. Bruselas I por cuanto su finalidad era extender el «espacio judicial europeo» que se creaba con el segundo en la Unión Europea, a los países miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio.

⁹ Decisión del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro (DOUE L 133, 29 mayo 2009). El texto del convenio puede consultarse en http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98. Por ahora el único Estado que ha ratificado el tratado ha sido México, pero con la ratificación de la UE en nombre de sus Estados miembros se alcanzará el número de ratificaciones suficientes para su entrada en vigor. Sobre el mismo, F. Garcimartín Alferez, «El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro: autonomía privada y competencia judicial internacional», *La Ley*, 8423, Sección Doctrina, 18 de noviembre de 2014.

¹⁰ STJUE de 19 diciembre 2013, C-452/12, «*Nipponkoa Insurance*».

2.1. Acuerdos de elección de foro

La celebración de un acuerdo de elección de foro —ya sea de manera autónoma o mediante su inclusión como una cláusula más del contrato— favorece la previsibilidad y la seguridad jurídica, pues las partes conocen desde el primer momento a qué tribunal acudir en caso de controversias, y el DIPR de acuerdo con el cual se juzgará el caso.

En el DIPR de la UE, los acuerdos de elección de foro vienen regulados en el Artículo 25 R. Bruselas I el cual prevalecerá sobre el CLH 2005¹¹, una vez que este haya entrado en vigor. El régimen jurídico de estos acuerdos es independiente del aplicable al contrato al que se incorporan. Es decir: la nulidad del contrato no implica, necesariamente, la invalidez del acuerdo de elección de foro que incorpora y viceversa (artículo 25.5 R. Bruselas I).

La primera de estas normas atribuye validez a aquellos acuerdos que reúnen los siguientes requisitos¹²: a) que estén referidos a contratos cuyo objeto no sea una de las competencias exclusivas del artículo 24 (en particular, que no sea un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles del ap. 1); b) que el acuerdo atribuya la competencia a los tribunales de un Estado miembro; c) que el acuerdo no sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro; d) que el acuerdo se haya celebrado en alguna de las formas establecidas en el ap. 1.

Como puede observarse, la disposición no exige la existencia de un vínculo ni de las partes ni del contrato con los tribunales designados con el acuerdo. En comparación con otros instrumentos se trata de una regulación muy liberal. Así, el CL exige que al menos una de las partes esté domiciliada en un Estado contratante (artículo 23)¹³. Esta «liberalidad» también se observa, por cierto, en el DIPR peruano por cuanto, en materia contractual, el artículo 2058 no exige, como requisito para otorgar la jurisdicción a los tribunales peruanos, que el supuesto tenga vinculación con el territorio de la República.

En relación con el último de los requisitos de la letra d) anterior, las formas admitidas por el artículo 25.1 son las siguientes:

- a) Acuerdo de elección de foro *por escrito o verbalmente con confirmación escrita.*

El cumplimiento de este requisito resulta controvertido cuando el acuerdo no se encuentra incluido en el contrato que se firma sino en unas condiciones generales

¹¹ Salvo en el supuesto marginal de que los resultados de la aplicación de ambos textos lleven a resultados diferentes, en cuyo caso se aplica el Convenio (artículo 26.6 a) CLH 2005).

¹² El artículo 23 CL incorpora un requisito adicional: que al menos una de las partes del contrato esté domiciliada en un Estado miembro

¹³ En la redacción anterior del R. Bruselas I también se exigía esta conexión con el territorio UE.

que aparecen en otro documento. El TJUE considera que la sumisión expresa solo será válida si el contrato que firman las partes contiene una remisión expresa a esas condiciones generales¹⁴. Del mismo modo, una cláusula atributiva de competencia pactada en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el adquirente de este no puede ser invocada frente al tercero subadquirente, salvo si consta que ese tercero prestó su consentimiento efectivo en relación con esa cláusula¹⁵.

Debe observarse que esta norma prevalece sobre disposiciones imperativas de Derecho interno que establezcan la nulidad de estas cláusulas de sumisión¹⁶.

En fin, el ap. 2 del Artículo 25 indica que se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

- b) Acuerdo celebrado en una *forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas*. Esta norma sirve para flexibilizar las exigencias de forma y resulta de mucha utilidad en relaciones entre partes que concluyen múltiples transacciones a lo largo de un periodo de tiempo prolongado. Se entenderá que el acuerdo celebrado en transacciones anteriores resulta aplicable si el litigio aparece en relación con una transacción posterior en la que ya no existe un acuerdo por escrito.
- c) Acuerdo celebrado en una *forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector del comercio internacional considerado*. Se trata de una remisión que atribuye valor jurídico a los usos de la *lex mercatoria*. Para determinar si el acuerdo es o no válido, el juez ante el que se presenta la demanda deberá valorar si, efectivamente, la competencia le corresponde en atención a los usos y prácticas del sector comercial en particular y si dichos usos reúnen los requisitos establecidos por el artículo 2517.

Cuando el acuerdo reúne los tres requisitos del artículo 25 R. Bruselas I la competencia del tribunal elegido por las partes será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. Esto quiere decir que los acuerdos despliegan un doble efecto: atribuyen competencia al tribunal o tribunales señalados en el mismo; derogan la competencia de los tribunales de los demás Estados miembros.

En cualquier caso, debe recordarse que la sumisión tácita (artículo 26) prevalece sobre la expresa. Es decir, si un contratante presenta una demanda ante un tribunal

¹⁴ STJUE de 19 junio 1984, C-71/83, «*Tilly Russ*».

¹⁵ STJUE de 7 febrero 2013, C-543/10, «*Refcomp*».

¹⁶ STJUE de 19 diciembre 2013, C-9/12, «*Corman-Collins*» en relación con la Ley belga de 1961 sobre contratos de distribución.

¹⁷ STJUE de 16 marzo 1999, C-159/97, «*Castelleti*».

diferente al señalado en el acuerdo y la otra parte contesta a la demanda, se entenderá que existe sumisión tácita.

El Reglamento otorga una gran discrecionalidad a la hora de diseñar el acuerdo de elección de foro. Resulta posible elegir un tribunal concreto (los Juzgados de Alicante) o los tribunales de todo un país (los tribunales de España, en este caso, el tribunal concretamente competente se determinará de acuerdo con las normas de competencia territorial interna); también se admiten los pactos de competencia recíprocos —«serán competentes los tribunales del domicilio de la parte demandada»— o las cláusulas facultativas a favor de una de las partes que no menoscaban su derecho de acudir ante cualquier otro tribunal competente en virtud del Reglamento (en tal caso, el acuerdo no será exclusivo, ni desplegará efectos derogatorios).

Los únicos límites impuestos por el artículo 25.4 se refieren a los acuerdos de elección de foro incluidos en contratos de seguro, consumidores y trabajadores. Estos acuerdos tienen un régimen especial en los artículos 15, 19 y 23 destinados a proteger a la parte débil de la relación (seguros, consumidores y trabajadores).

No están regulados por el artículo 25 R. Bruselas I aquellos supuestos en los que presentan ante los tribunales de un Estado miembro una demanda relativa a un contrato en el que las partes han incluido una *cláusula de sumisión a tribunales de terceros Estados*. ¿Deben estos tribunales otorgar efectos derogatorios a la cláusula y, por lo tanto, declararse incompetentes si se lo pide el demandado? En el momento actual, la cuestión, conocida como *derogatio fori*, queda en manos de la ley interna del Estado miembro ante el que se presenta la demanda. Ahora bien, una vez haya entrado en vigor el CLH 2005, deberán distinguirse dos situaciones: a) cuando los tribunales designados en el acuerdo de elección de foro sean los de un Estado contratante del Convenio que no es, a su vez, un Estado miembro —por ahora, esta situación solo se puede dar si una o ambas partes está domiciliada en México—, se aplicará el CLH 2005; b) cuando los tribunales designados en el acuerdo son de un Estado ajeno a la Unión Europea y el CLH 2005, cada Estado miembro continuará aplicando su legislación interna.

2.2. Foros de competencia en ausencia de acuerdos de elección de foro

En ocasiones, las partes de un contrato no incluyen una cláusula de sumisión, no celebran un contrato por escrito o la cláusula de sumisión es declarada nula. En tales supuestos, los tribunales competentes para conocer de una demanda en el marco de un contrato internacional deben determinarse en atención al artículo 4 o 7.1 R. Bruselas I¹⁸.

¹⁸ Artículos 2 y 5.1 en CL.

Estas disposiciones resultan aplicables *cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro*. En tales caso, el demandante puede presentar la demanda ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado o ante los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda o *forum executionis* (artículo 7.1)¹⁹. Debe observarse que este último es un foro de CJI y también de competencia territorial.

El TJUE ha adoptado un gran número de sentencias sobre el *forum executionis* del artículo 7.1 R. Bruselas I que sirven de gran ayuda a la hora de su aplicación.

Por un lado, el TJUE ha interpretado el concepto de «materia contractual» que se usa en la disposición. Se trata de una noción autónoma y propia del Reglamento que comprende los litigios derivados de una vinculación jurídica voluntaria entre las partes. En particular, el TJUE ha indicado que no se considera «materia contractual» las reclamaciones fundadas en la *culpa in contrahendo*²⁰, interpretación que se ve confirmada por la exclusión de estas reclamaciones del ámbito de aplicación del R. Roma I (artículo 1.2.i). En cambio, si que entiende como acciones en materia contractual, la reclamación extracontractual de una parte contratante contra la otra, «si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado al primero por el segundo»²¹.

Por otro lado, el TJUE se ha referido al concepto de «obligación que sirve de base a la demanda». Deben distinguirse tres supuestos.

- a) En primer lugar, para las *compraventas internacionales de mercaderías*, el Art. 7.1 a) indica que dicha obligación es la entrega de las mercancías. Por lo tanto, todas las demandas derivadas de estos contratos deben presentarse ante el lugar de entrega de las mercancías. En ocasiones, dicho lugar viene determinado por las partes expresamente en el propio contrato o mediante «términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los INCOTERMS»²².

En otras ocasiones, el contrato no establece el lugar de entrega. En tales supuestos, el TJUE ha dicho que ese lugar es aquel «en el que las mercancías hubieren sido o debieren ser entregadas materialmente al comprador en su destino final», y

¹⁹ Se trata de la misma solución que se adopta en DIPR peruano, si bien el Art. 2058.2 también contempla como foro de competencia el *forum celebrationis*.

²⁰ STJUE 17 septiembre 2002, C-334/00, «*Tacconi*».

²¹ STJUE de 13 marzo 2014, C-548/12, «*Borgsitter*».

²² STJUE de 9 junio 2011, C-87/10, «*Electrosteel*».

no «el lugar de entrega de la mercancía al primer transportista para su transmisión al comprador»²³.

Si existen diferentes lugares de entrega en diferentes Estados miembros y tales lugares representan una vinculación suficiente con cada uno de estos Estados miembros, la demanda puede presentarse ante los tribunales de cualquiera de ellos²⁴.

- b) En segundo lugar, para los *contratos de prestación de servicios*, el artículo 7.1 b) indica que la obligación que sirve de base a la demanda es la prestación de los servicios. Por lo tanto, los tribunales competentes para conocer de cualquier reclamación relativa a estos contratos serán los del lugar donde se deba cumplir dicha prestación de servicios. El artículo 7.1 b) despierta dos tipos de cuestiones interpretativas.

Primero, qué se entiende por contrato de prestación de servicios: se trata de un concepto autónomo que puede ser definido como el contrato que tiene como objetivo principal la realización de una actividad que consiste en dar, hacer o no hacer una cosa, a título oneroso, gratuito o lucrativo, y no implica la transmisión de la propiedad de una cosa o de facultades de uso. En este sentido, se incluye dentro de la definición el contrato de agencia comercial²⁵, los de concesión de venta de mercancías²⁶, los de distribución en general (interpretación corroborada por el considerando 17 R. Roma I), los contratos de obra, los de transporte²⁷, el contrato de almacenamiento de mercancías²⁸, el *leasing* o el contrato de prestaciones sanitarias.

Segundo, en defecto de pacto entre las partes, ¿dónde se localiza el lugar de cumplimiento de la prestación del servicio? Dicho lugar debe determinarse de manera fáctica: lugar donde el distribuidor distribuye los productos, lugar donde se realizan las prestaciones sanitarias, lugar donde se realiza la obra... Pueden aparecer problemas cuando el servicio se presta en varios Estados miembros. En tales casos, si es posible identificar dentro del servicio una prestación principal, el tribunal del lugar donde se encuentra el lugar de ejecución de dicha prestación principal será el competente²⁹. De no ser posible identificar un lugar de prestación principal, como es el caso de los contratos de transporte de bienes y personas, el lugar de prestación del servicio será tanto el lugar de origen como el lugar de destino³⁰.

²³ STJUE de 25 febrero 2010, C-381/08, «*Car Trim*», STJUE «*Electrosteel*».

²⁴ Por analogía STJUE 9 julio 2009, C-204/08, «*Air Baltic*».

²⁵ STJUE de 11 marzo 2010, C-19/09, «*Wood Floor*».

²⁶ STJUE de 19 diciembre 2013, C-9/12, «*Corman-Collins*».

²⁷ STJUE «*Air Baltic*».

²⁸ ATJUE de 14 noviembre 2013, C-469/12, «*Krejci Lager*».

²⁹ STJUE «*Wood Floor*».

³⁰ STJUE «*Air Baltic*».

- c) En tercer lugar, para aquellos contratos que no puede ser definidos ni como compraventas ni como prestaciones de servicios, el artículo 7.1 c) indica que se aplicará la regla general de la letra a). De acuerdo con esta regla general, la obligación que sirve de base a la demanda es aquella cuyo cumplimiento se reclama. En consecuencia el pleito se distribuye o dispersa entre varios países.

En aquellos casos en los que las partes no hayan acordado el lugar de cumplimiento de dicha obligación, el mismo se determinará de acuerdo con la ley designada por las normas de conflicto del tribunal ante el que se presenta la demanda³¹. En la actualidad, dichas normas de conflicto viene establecidas en el R. Roma I. Entraría dentro de esta tercera categoría los siguientes contratos: *Joint Ventures*, permutas, ventas de inmuebles, contratos de licencias de propiedad industrial o intelectual³² o los contratos que combinan prestaciones de servicios con entregas de mercancías.

En aquellos supuestos en los que el demandado está domiciliado en un tercer Estado, cada tribunal debe determinar su competencia judicial internacional se determina en atención a sus normas de DIPR interno (artículo 6 R. Bruselas I). Resulta habitual que esas normas también establezca el *forum executionis*, si bien es posible la existencia de otros criterios de atribución de jurisdicción. Así, por ejemplo, en el caso de España, nuestros tribunales pueden ser competente tanto si la obligación contractual ha nacido en nuestro país —es decir, el contrato se ha celebrado en España—, cuanto si la obligación contractual debe cumplirse en España³³.

En consecuencia puede afirmarse que las empresas domiciliadas en terceros Estados están peor situadas para hacer negocios en la Unión Europea que las domiciliadas en un Estado miembro. La razón es que las segundas conocen de antemano los foros de competencia de acuerdo con los cuales pueden ser demandados en la UE: los foros del R. Bruselas I. En cambio las primeras, no lo pueden saber por cuanto cada tribunal aplicará los foros de competencia de su legislación interna. Aunque existió la propuesta por parte de la Comisión Europea de suprimir esta diferenciación en la última modificación del R. Bruselas I, finalmente se mantuvo el texto del artículo 6, el cual puede ser calificado de mecanismo «geoestratégico».

³¹ STJUE 5 octubre 1999, «*Bodetex*».

³² STJUE de 23 abril 2009, «*Falco*».

³³ Artículo 22.3 Ley 5/1986 del Poder Judicial.

2.3. Reglas especiales en materia de contratos en los que participa una parte débil

El R. Bruselas I establece normas especiales en materia de contratos de seguros (artículo 10-16), contratos celebrados por consumidores (artículos 17-19) y relaciones de trabajo individuales (artículos 20-23). Estas reglas especiales se justifican en la existencia de una parte en el contrato que ocupa una posición de inferioridad y que tiene menos recursos para litigar. Estas disposiciones están destinadas a facilitar el acceso a la justicia de estas personas.

Estas normas resultan aplicables cuando el demandado está domiciliado en un Estado miembro y, también, si el demandado es un profesional o empresario domiciliado en un tercer Estado pero que tiene una sucursal, agencia o establecimiento secundario en un Estado miembro (artículos 11.2, 17.2 y 20.2). Se trata de una excepción al artículo 6 del Reglamento, pero solo es aplicable para las relaciones derivadas de las actividades de esos establecimientos.

Por lo general estas disposiciones solo otorgan validez a las cláusulas de sumisión que no perjudiquen a la parte débil, y en todo caso permite que esta pueda demandar en su domicilio y solo pueda ser demandada allí.

Si el demandado está domiciliado en un tercer Estado y no tiene ningún establecimiento en la UE, cada tribunal aplicará su ley interna para determinar su competencia (artículo 6).

3. Ley aplicable: Reglamento Roma I

3.1. Aspectos generales y ámbito de aplicación

Se afirma, con razón, que actualmente la norma de conflicto juega un papel subsidiario en materia de contratación internacional. La razón es que, en muchas ocasiones, la cuestión litigiosa vendrá resuelta mediante la interpretación del contrato, o en atención a un instrumento de la *lex mercatoria* al que se remiten las partes.

No obstante, la ley aplicable al contrato cumple tres funciones que la hacen imprescindible: a) *legitimadora*: autoriza a las partes a hacer uso de la autonomía de la voluntad material; b) *limitadora*: establece el marco imperativo del contrato, el cual no puede ser traspasado por las partes en el ejercicio de la autonomía material; c) *integradora*: indica el Derecho supletorio que debe regular aquellos aspectos del contrato que no han sido regulados por las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad (De Miguel Asensio, 1998, pp. 859-883).

En la Unión Europea, la *lex contractus* viene determinada por el Reglamento 593/2008 (R. Roma I). Este instrumento sustituye desde 2008 al Convenio de Roma de 1980.

Su adopción responde a una triple finalidad: a) potenciar la seguridad jurídica en cuanto al régimen jurídico de los contratos internacionales —con independencia del Estado miembro donde se pueda presentar la demanda, la ley aplicable al contrato será la misma—; b) reducir el *forum shopping*, con independencia del Estado miembro donde se presente la demanda, se aplica la misma ley al contrato; c) facilitar la libre circulación de resolución judiciales en materia contractual en la UE, gracias a que el tribunal de destino de la decisión aplica la misma ley que el tribunal de origen.

El artículo 2 indica que el Reglamento tiene un carácter universal, es decir, se aplica con independencia de la residencia, domicilio o nacionalidad de las partes y de cualquier otra circunstancia, como el lugar de ejecución o de celebración del contrato. Este carácter universal conlleva que la norma de conflicto de producción interna en materia de contratos no resulta aplicable.

Debe observarse que los convenios internacionales en materia contractual suscritos por los Estados miembros antes de la entrada de vigor del Reglamento se aplican con carácter preferente a los contratos que entran en su ámbito de aplicación (artículo 25). Es el caso, por ejemplo, del Convenio de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías³⁴. En este caso el R. Roma I solo resulta aplicable para determinar el Derecho aplicable a los aspectos de estos contratos que no están regulados por el Convenio de Viena.

Por lo que respecta a futuros convenios en materia contractual, corresponde a la UE celebrarlos pues los Estados miembro han transferido las competencias en la materia. Excepcionalmente pueden solicitar autorización para celebrar convenios particulares. La cuestión está regulada en el Reglamento 662/2009.

Por lo que respecta al ámbito material del Reglamento, este viene establecido en su artículo 1. El Reglamento resulta aplicable a «obligaciones contractuales en materia civil y mercantil». Ahora bien, entre otras, resultan excluidas las siguientes cuestiones enumeradas en el apartado 2: estado civil y capacidad de las partes para celebrar el contrato —con la excepción prevista en el artículo 13—; las obligaciones contractuales derivadas de relaciones de familia o matrimonio; las obligaciones contractuales derivadas de letras de cambio y cheques; los convenios de arbitraje y de jurisdicción; las obligaciones derivadas del derecho de sociedades; las cuestiones referidas al poder del representante para obligar al representado frente a terceros; las obligaciones derivadas de los tratos previos al contrato.

³⁴ Otros ejemplos son el Convenio de Ginebra de 1956 sobre el contrato de transporte terrestre internacional (CMR), Convenio de Berna de 1980 relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) o las Reglas de Rotterdam de 2008 sobre transporte marítimo.

Por último debe señalarse que el Reglamento también resulta aplicable a contratos domésticos en los que las partes establecen la aplicación de una ley extranjera —pues en tales casos se produce un «conflicto de leyes», según establece el artículo 1.1— si bien, como veremos, el artículo 3.3 establece ciertas cautelas.

3.2. Elección del Derecho aplicable al contrato

El artículo 3.1 autoriza a las partes de un contrato a elegir la ley aplicable al mismo. Es lo que se llama la «autonomía conflictual»³⁵.

El ejercicio de esta autonomía tiene ciertos beneficios: a) favorece la seguridad jurídica preventiva pues, con independencia de los cambios que se produzcan a lo largo de la vida del contrato —cambio de la residencia habitual de las partes o del lugar de ejecución de las obligaciones [...]—, la ley aplicable siempre es la misma; b) permite a las partes elegir el Derecho que mejor se ajusta a sus intereses particulares —p. ej. las partes puede elegir un Derecho «neutral», o un Derecho que se considera especialmente bien concebido para un determinado tipo de contratos—; c) reduce los costes de información para las partes pues les permite elegir un Derecho que les resulta familiar y cuyo contenido nos les cuesta mucho obtener información.

La autonomía conflictual debe distinguirse de la autonomía material y de la incorporación por referencia.

Con el primer término se hace referencia al poder de las partes para determinar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por las disposiciones imperativas de la *lex contractus* (la cual, a su vez, puede ser elegida por las partes en el ejercicio de la autonomía conflictual, o no).

El segundo concepto se refiere al poder que tienen las partes para hacer aplicable a su contrato condiciones generales de la contratación (CGC) de una de las partes, contratos modelos de algún organismo privado, cuerpos de reglas de la *lex mercatoria* —p. ej. las Reglas sobre el crédito documentario de la CCI—, convenios internacionales o, incluso, cuerpos de normas de algún ordenamiento jurídico —p. ej. la *Uniform Electronic Transactions Act* de EEUU—. Debe observarse que la aplicación de las CGC o cuerpos de reglas incorporadas por referencia al contrato siempre están sujetas al marco imperativo (las disposiciones imperativas) determinado por la *lex contractus*.

³⁵ Según se ha dicho anteriormente, esta es también la solución que establece el artículo 2095.

El artículo 3.1 R. Roma solo admite la elección de leyes estatales: ley de España, Francia, Japón [...]. La elección de la ley de un Estado implica la aplicación de los convenios celebrados por dicho Estado.

Si el *pactum de lege utenda* (pacto de elección de ley) se refiere a un cuerpo de normas de Derecho transnacional —p. ej. los Principios Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales— o un convenio internacional en cuyo ámbito de aplicación no está incluido el contrato, dicho pacto se considerará una incorporación por referencia y, por lo tanto, será preciso determinar la ley aplicable al contrato (Cons. 13).

Con esta solución se pone fin a la discusión que precedió la adopción del R. Roma I sobre si debía admitirse la elección como ley del contrato de cuerpos de normas transnacionales. La discusión se centró en particular en dos instrumentos surgidos en Europa: los *Principios del Derecho europeo de contratos*³⁶ y los *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*³⁷. De ambos se predica su alta calidad técnica y su complitud. Aún así, el legislador europeo se pronunció de manera negativa, si bien resulta habitual el recurso a los usos y costumbres por parte de los tribunales europeos bien por remisión de alguna norma —es el caso del artículo 25 R. Bruselas I—, bien como criterios interpretativos de las normas nacionales sobre contratos³⁸.

El *pactum de lege utenda* debe ser tratado como un negocio jurídico autónomo cuya validez se rigen por el artículo 3 R. Roma I. Puede ocurrir que el pacto sea válido y el contrato en el que se incluye no lo sea, y viceversa.

Para que la elección de ley sea válida esta «deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso» (artículo 3.1).

Constituye una elección expresa, por ejemplo, la inclusión de una cláusula de elección de ley en el clausulado de un contrato o en las CGC a las que se remite un contrato.

La elección de ley también puede ser tácita. Para ello, debe quedar demostrada de forma inequívoca de:

- a) «los términos del contrato». Por ejemplo: se entiende que las partes han elegido la ley italiana si el contrato debe ejecutarse en Italia y una cláusula del mismo indica que el mismo se rige por la «legislación local vigente». También son válidas las cláusulas que indican que resulta aplicable la ley del Estado ante cuyos tribu-

³⁶ http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/

³⁷ <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

³⁸ Sobre el particular, véase Perales Viscasillas (2007).

nales se presenta la demanda. Del mismo modo se entiende que se ha elegido el Derecho de Alemania si en el clausulado del contrato se hablara reiteradamente de una figura contractual de dicho Derecho. Por último se ha discutido mucho sobre si la elección del tribunal competente debe considerarse como una elección tácita de la ley de dicho tribunal. El Considerando 12 ha zanjado la cuestión indicando que dicha elección es, únicamente, «un factor más» a tener en cuenta a la hora de determinar si existe o no elección tácita de la ley aplicable.

- b) «las circunstancias del caso». Por ejemplo, si una de las partes presenta una demanda de acuerdo con la *lex fori* y la otra parte utiliza fundamentos de esa misma ley para defenderse se puede entender que tácitamente las partes han elegido la *lex fori* como aplicable al contrato.

El artículo 3.5 indica que la existencia y validez del consentimiento debe determinarse de acuerdo con la ley señalada por el artículo 10. Según esa disposición la validez del pacto de elección de ley debe determinarse en atención a la ley hipotéticamente aplicable al contrato, es decir, la ley que sería aplicable si la elección de ley fuera válida.

El artículo 3 es muy permisivo a la hora de regular la elección de ley. Para empezar, las partes puede elegir cualquier ley estatal, con independencia de si tiene o no vinculación con el contrato.

Según se ha dicho anteriormente, en contratos meramente domésticos (en los que todos los elementos del contrato están conectados con un solo ordenamiento), las partes pueden elegir un Derecho extranjero. Ahora bien, en este caso, la elección de ley no impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas del Derecho con el que todos los elementos del contrato están conectados (artículo 3.3). De esta manera se evitan posibles fraudes de ley.

También con la finalidad de impedir el fraude del Derecho de la Unión Europea, el artículo 3.4 indica que cuando el contrato esté exclusivamente conectado con Estados miembros, la elección de la ley de un tercer Estado no impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea tal y como han sido incorporadas en el Derecho nacional del tribunal ante el que se presente la demanda.

El artículo 3.1 *in fine* permite a las partes elegir el Derecho aplicable solo a una parte del contrato, siempre que ello no afecte a la coherencia en la regulación del contrato. Es lo que se llama el *depeçage* o fraccionamiento del contrato. Del mismo modo, el artículo 3.2 admite la modificación de la elección de ley siempre que esta no afecte

a los derechos de terceros contemplados en la ley aplicable de acuerdo con la ley anteriormente elegida.

En fin, los únicos límites que establece el R. Roma I al pacto de elección de ley se refiere a los contratos celebrados por los consumidores (artículo 6.2), trabajadores (artículo 8.1) y de seguros (artículo 7.3). La elección de ley en estos contratos está sujeta a reglas especiales muy restrictivas pues su finalidad es proteger a la parte débil de la relación.

3.3. Derecho aplicable al contrato en defecto de elección

En aquellos casos en los que el contrato carece de una cláusula de elección de ley o esta es nula, el artículo 4.1 establece directamente la ley aplicable a ocho categorías de contratos:

- a) Compraventas de mercaderías: ley del Estado de residencia del vendedor
- b) Contrato de prestación de servicios: ley del Estado de residencia del prestador del servicio
- c) Contratos de derechos reales inmobiliarios o arrendamientos: ley del Estado donde esté sito el inmueble
- d) Contratos de arrendamiento corta duración (para uso personal del arrendatario, por un periodo máximo de 6 meses): ley del Estado de residencia del propietario siempre que el arrendatario tenga su residencia habitual en el mismo Estado.
- e) Contrato de franquicia: ley del Estado donde el franquiciado tenga su residencia habitual
- f) Contrato de distribución: ley del Estado donde el distribuidor tenga su residencia habitual.
- g) Contrato de venta mediante subasta: ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse.
- h) Contratos sobre instrumentos financieros en sistema multilateral (compraventa bursátil, contratos de crédito al mercado, contratos sobre futuros financieros...): ley que regula el mercado regulado en el que se celebran estas transacciones.

A la hora de aplicar estas normas de conflicto, resulta preciso conocer el concepto del residencia habitual del artículo 19 R. Roma I: para las personas jurídicas dicha residencia está donde se encuentre su administración central; para las físicas, allí donde esté ejerciendo su actividad profesional. Si el contrato se celebra con una sucursal, agencia o establecimiento permanente, se considerará residencia habitual el lugar en donde esté situado.

Para aquellos contratos que no están incluidos en el apartado 1, o cuando el contrato consiste en una combinación de varias categorías, el artículo 4.2 indica que resultará aplicable la «ley del país de residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica»³⁹.

La aplicación de esta norma de conflicto, obliga a seguir dos pasos. En primer lugar, identificar la «prestación característica del contrato». En aquellos casos en los que el contrato consiste en dar o hacer algo a cambio de una contraprestación dineraria, la «prestación característica» es la primera pues resultará ser la más compleja y la que identifica al contrato —permite diferenciarlo de las demás categorías de contratos—. En los supuestos en los que ninguna de las partes lleva a cabo una obligación exclusivamente dineraria, la prestación característica debe determinarse «en función de su centro de gravedad» (considerando 19), es decir, debe buscarse qué parte del contrato debe llevar a cabo las prestaciones más complejas.

En segundo lugar, una vez identificada la prestación característica, hay que buscar el lugar de residencia de la parte del contrato que debe llevarla a cabo. La ley aplicable será la del país donde se encuentre dicho lugar. Debe observarse que la norma *no designa la aplicación de la ley del lugar de ejecución* de la prestación característica sino la aplicación de la *ley del Estado de residencia de la parte que debe llevar a cabo dicha obligación*. Es habitual que dichos lugares no coincidan.

Entre los contratos a los que les resulta aplicable el artículo 4.2 están las licencias y cesiones de derechos de propiedad intelectual, las licencias de *know-how*, arrendamientos de cosa mueble, el *leasing* mobiliario, etc.

La solución prevista por el artículo 4.2. está destinada a favorecer a las personas que lleva a cabo prestaciones de comercio internacional —es decir, las personas que fomentan el comercio internacional— por cuanto, con independencia de donde lleven a cabo dichas obligaciones, siempre resulta aplicable una ley cuyo contenido les resulta fácil conocer (la de su residencia habitual) excepto, lógicamente, en aquellos casos en los que las partes hacen uso de la autonomía conflictual.

Los apartados 3 y 4 establecen dos excepciones a las normas de conflicto anteriores. En primer lugar, el apartado 3 se refiere a situaciones en las que «del conjunto de circunstancias de un caso en particular se desprende *claramente* que el contrato presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 y 2». En tal caso se aplica la ley de ese otro país. Es la llamada cláusula de excepción o cláusula de escape.

³⁹ La solución es completamente diferente a la del artículo 2095 que opta por un punto de conexión más tradicional: el lugar de cumplimiento de la obligación.

La disposición trata de preservar el llamado *principio de proximidad*: el contrato debe resultar regulado por la ley del Estado que presenta los vínculos más estrechos con el contrato. Se trata de la ley que las partes esperan que resulte aplicada. Las soluciones de los apartados 1 y 2 responden a este principio de proximidad. Ahora bien, cuando en un caso particular la aplicación de esos apartados no refleja dicha proximidad, es necesario aplicar el apartado 3.

Debe observarse que la aplicación de este apartado es excepcional y debe ser probada por la parte interesada en ello. El juez no lo debe hacer de oficio.

Entre otros supuestos, la aplicación de la cláusula de excepción se aplica cuando la residencia habitual del prestador característica es ficticia —p. ej. sociedad con domicilio social en Islas Caiman que lleva a cabo toda su actividad en España— o en supuestos de contratos accesorios —contratos que se celebran en el marco de un contrato marco entre las mismas partes y sujeto a otra ley. Dado que resulta conveniente que todas las operaciones realizadas con el mismo se rijan por la misma ley, el contrato accesorio debe regirse por la misma ley que el contrato marco—.

En segundo lugar, el artículo 4.4. se refiere a aquellos contratos en los que resulta imposible determinar qué parte debe llevar a cabo la prestación característica. En tales casos, la ley aplicable al contrato será la del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos.

Esta norma de conflicto resulta aplicable, por ejemplo, a permutas, licencias de propiedad industrial cruzadas, *joint ventures* contractuales, contratos de coproducción audiovisual, contratos de edición [...].

A la hora de determinar la ley más estrechamente vinculada deben tomarse en consideración todos los elementos del contrato. Ahora bien, existen ciertos elementos que tiene una mayor poder de vinculación que otros: lugar de residencia habitual de los contratantes, lugar de ejecución de las obligaciones, conexión accesoria (considerando 21 si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos, es un indicio para aplicar al primero la ley aplicable a los demás) o la teoría de la *International stream-of-commerce* (el contratante que realiza ofertas y actos de publicidad en un mercado para llevar a cabo contratos en dicho mercado está provocando la internacionalidad del contrato y, por lo tanto, es él —y no al persona con la que comercia— quien debe asumir el coste de comerciar de acuerdo con la ley del Estado en el que pretende hacer negocios).

Otros elementos tienen un poder localizador débil: lugar de celebración del contrato, nacionalidad de las partes, idioma del contrato, moneda de pago [...].

3.4. Reglas especiales

El R. Roma I establece normas de conflicto especiales para los siguientes contratos: contratos de transporte (artículo 5), contratos celebrados por consumidores (artículo 6), contratos de seguro (artículo 7) y contratos de trabajo (artículo 8).

La razón por la que estos contratos no quedan sujetos a las reglas generales de los artículos 3 y 4, es que presentan particularidades —entre otras la presencia de una parte débil— que exigen adoptar soluciones conflictuales diferentes.

3.5. Ámbito de la *lex contractus*

Las cuestiones reguladas por la *lex contractus* vienen enumeradas en el artículo 12 R. Roma I: a) la interpretación del contrato; b) el cumplimiento de las obligaciones contractuales, si bien deberá tomarse en consideración la ley del lugar de ejecución en relación con su ejecución material (p. ej. a la hora de contar el plazo para el cumplimiento de la obligación de entrega de la mercancías deben tomarse en cuenta los días festivos del lugar de ejecución); c) las consecuencias de su incumplimiento total o parcial; d) los modos de extinción de las obligaciones, incluida la prescripción o la caducidad; e) las consecuencias de la nulidad del contrato.

Existen una serie de cuestiones relativas al contrato internacional que no quedan regulados por la *lex contractus*:

- a) la forma del contrato: un contrato internacional es válido en cuanto a la forma si se cumplen los requisitos formales establecidos en alguna de las leyes designadas por el artículo 11. Con el establecimiento de conexiones alternativas se trata de favorecer la validez formal de los contratos en el comercio internacional. Se trata de evitar que la celebración de estos contratos se obstaculice por la imposición por algunos Estados de requisitos de forma muy severos.
- b) la capacidad de las partes: para determinar si una persona física o jurídica tiene capacidad jurídica para celebrar el contrato deberá atenderse a su ley personal, la cual viene determinada en el DIPR interno de cada Estado miembro⁴⁰. Ahora bien, el artículo 13 R. Roma I regula la llamada *excepción de interés nacional*: en contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, una persona física que goce de capacidad de acuerdo con la ley de ese país no podrá invocar un defecto relativo a su capacidad jurídica previsto en su ley nacional para

⁴⁰ En el caso de las personas físicas, algunos de ellos, como España (artículo 9.1), siguen utilizando la ley nacional; mientras otros como el Reino Unido, se decantan por la ley del domicilio de la persona.

tratar de anular el contrato, siempre que la otra parte no conociera dicho defecto o lo hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte⁴¹.

3.6. Incidencia de las normas internacionalmente imperativas y de la excepción de orden público

De acuerdo con el artículo 9.1 R. Roma I, «una ley de policía [o norma internacionalmente imperativa] 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».

Las leyes de policía son una subcategoría de las disposiciones imperativas en la medida en que no pueden ser derogadas por el contrato —es decir, a partir de la autonomía material de las partes—. Ahora bien, mientras las disposiciones imperativas protegen intereses de las partes o de una de las partes, las leyes de policía protegen intereses generales de la sociedad. Por esa razón, además de no poder ser derogadas por la autonomía material, tampoco resultan afectadas por la autonomía conflictual o por la aplicación al contrato de un Derecho extranjero⁴².

Las leyes de policía son establecidas por cada Estado, si bien en la actualidad los intereses protegidos por estas normas tienden a converger. Como ejemplos de leyes de policía se pueden enumerar los siguientes: normas de Derecho de la competencia (que sancionan prácticas contractuales que producen efectos anticompetitivos en un determinado mercado); normas de protección del agente comercial como parte débil de estos contratos⁴³; normas relativas a la contratación utilizando condiciones generales, con las cuales se intenta proteger a la parte que se adhiere a dichas condiciones (es el caso de la Ley 7/1998 sobre CGC en España); normas sobre control de cambios, inversiones extranjeras, control de las exportaciones/importaciones (que pueden conllevar la nulidad o anulabilidad de los contratos que no las respeten); normas sobre importación o exportación de tecnología; normas de defensa del patrimonio histórica y cultural (y que sancionan los contratos que tiene como objeto la compraventa sin autorización administrativa de bienes de este patrimonio); normas

⁴¹ La excepción de interés nacional también se regula, pero de manera algo diferente en el DIPR peruano: artículo 2070 Cc.

⁴² El Cc peruano no dedica ninguna disposición a la aplicación de las leyes de policía. Ello no debería impedir que los tribunales peruanos pudieran aplicar las leyes de policía del foro. Cuando el artículo 2096 indica que la elección de ley se refiere a las normas dispositivas e imperativas del ordenamiento elegida, no hace mención a las leyes de policía, por lo que es posible aplicar leyes de policía que no pertenezcan a ese ordenamiento.

⁴³ STJUE de 9 noviembre 2000, «*Ingmar*»

que decretan embargos comerciales o nacionalizaciones (que pueden hacer ilegal la venta de un bien para el país que impone el embargo o la nacionalización); normas de protección del medio ambiente; normas contra la explotación infantil en el trabajo, etc. [...].

Como establece el artículo 9.1, las leyes de policía no se aplican en todos los casos, sino solo a aquellas situaciones comprendidas en su ámbito de aplicación. El problema es que el legislador no siempre establece una norma de extensión que determine dicho ámbito de aplicación. En tal caso, el juez deberá de determinar de acuerdo con el contenido y finalidad de la norma, si la misma resulta aplicable al caso concreto.

El artículo 9 R. Roma I regula la aplicación de leyes de policía del ordenamiento del foro (es decir del tribunal que conoce de la demanda) o de un tercer ordenamiento (es decir, de un Derecho distinto al del tribunal que conoce de la demanda).

En el primer caso (artículo 9.2), el juez competente está obligado a la aplicación de las leyes de policía siempre que la situación esté incluida en su ámbito de aplicación. Ahora bien, en el marco de la Unión Europea, si se trata de una materia que ha sido objeto de armonización —por ejemplo, el contrato de agencia comercial, regulado por la Directiva 86/65344— el tribunal competente no está obligado a aplicar las leyes de policía del foro si las partes han elegido la ley de otro Estado miembro que ofrece una protección del interés público —por ejemplo, la protección de los agentes comerciales— que, aunque inferior a la del ordenamiento del foro, considera suficiente⁴⁵.

En el segundo caso, el artículo 9.3 dice que el juez podrá dar efectos únicamente a las leyes de policía del país en el que deban ejecutarse o se hayan ejecutado las obligaciones que se derivan del contrato, y en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Al hablar de «dar efectos», el legislador europeo se refiere a que el juez competente no debe aplicar tal cual dichas normas sino que puede modular su aplicación. A la hora de valorar esto debe tomar en consideración: a) la naturaleza y objeto de la norma (no es lo mismo que se trata de una norma prevista en la Constitución, que si está prevista en un reglamento administrativo); b) las consecuencias que se derivan de su aplicación o inaplicación.

Por último debe hacerse referencia a la excepción de orden público (artículo 21), que también sirve para preservar los intereses públicos del Estado del foro al impedir la aplicación de un Derecho extranjero cuando su aplicación produce efectos «manifiestamente» contrarios a dichos intereses públicos —sería por ejemplo el caso de una ley extranjera que regula las transacciones sobre objetos cuyo tráfico es ilegal en el Estado

⁴⁴ DOCE L 382, de 31 diciembre 1986.

⁴⁵ STJUE de 17 octubre 2013, C-184/12, «United Antwerp».

del foro—. La utilización del término «manifestamente» hace que la aplicación del artículo 21 deba ser excepcional⁴⁶.

4. A modo de conclusión: la regulación de la contratación internacional en la Unión Europea vista desde el exterior

La contratación internacional entre empresas europeas —relaciones intra-UE— o entre empresa de terceros Estados y europeas —relaciones extra-UE— resulta facilitada por el hecho de contar con un régimen jurídico único para un mercado compuesto por 28 Estados. Dicho régimen jurídico se compone de dos instrumentos: el R. Bruselas I en materia de competencia judicial internacional, y del R. Roma I en materia de ley aplicable.

Ambos instrumentos establecen soluciones muy progresistas en el sentido en que otorgan un amplio margen de actuación a la autonomía de la voluntad: artículo 25 R. Bruselas I, artículo 3 R. Roma I.

Ahora bien, también se establecen mecanismos de protección de los intereses de la Unión Europea o de los Estados miembros en sus respectivas áreas de competencia. Así, la falta de regulación de los acuerdos de elección de foro a favor de tribunales de terceros Estados, o la ausencia de foros de competencia unificados para aquellos supuestos en los que el demandado está domiciliado en un tercer Estado (artículo 6 R. Bruselas I) ponen de manifiesto un trato de favor de las empresas que deciden localizar su domicilio en la UE (y, por lo tanto, tributar en un Estado miembro).

Por su parte, los artículos 3.4 —que garantiza que las partes de un contrato totalmente conectado con la UE no burla disposiciones imperativas del Derecho de la UE mediante la elección de la ley de un tercer Estados—, 9 —leyes de policía— y 21 —orden público— R. Roma I tienen como finalidad proteger los intereses públicos de la Unión Europea o de sus Estados miembros.

Se trata, en cualquier caso, de medidas que no son ajenas a otros ordenamientos y que no empañan el principal objetivo de estos instrumentos: incrementar la seguridad jurídica de las transacciones internacionales y, así, favorecer el comercio internacional.

⁴⁶ La excepción de orden público se regula en DIPR peruano en términos similares: artículo 2049.

Referencias

- Basedow, Jürgen (2012). The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations. *Recueil des Cours*, 360, 137-138.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa Gonzalez, Javier (2013). *Derecho del comercio internacional*. Madrid: Colex.
- De Miguel Asensio, Pedro Alberto (1998). Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales. *Diritto del Commercio Internazionale*, 12(4), 859-883.
- Garcimartín Alférez, Francisco José (2014). El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro: autonomía privada y competencia judicial internacional. *La Ley*, 8423, Sección Doctrina, 18 de noviembre.
- Perales Viscasillas, María del Pilar (2007). La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los principios de Unidroit y los principios del derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas. *La Ley*, 6725, 31 mayo.

Fecha de recepción: 11 de febrero de 2015

Fecha de aprobación: 13 de abril de 2015