

**ASPECTOS ACTUALES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA  
ELECCIÓN DE LA JURISDICCIÓN Y DE LA LEY APLICABLE A LOS  
CONTRATOS INTERNACIONALES**

Por NURIA BOUZA VIDAL

## SUMARIO

- I. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNO
- II. SIGNIFICADO Y FUNCION DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: DEL SUBJETIVISMO “PURO” AL CONVENIO DE ROMA DE 1980
  1. **Los subjetivistas y objetivistas radicales**
  2. **La autonomía de la voluntad en el Convenio de Roma de 1980**
- III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL
  1. **Autonomía de la voluntad y unificación del Derecho de los contratos**
    - A) *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme*
    - B) *Autonomía de la voluntad y “lex mercatoria”*
      - a) *La configuración de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado como una norma de conflicto “sui generis”*
      - b) *Rechazo a la función conflictual de la elección de ley por las partes y configuración como una norma material de Derecho internacional privado*
      - c) *Consecuencias derivadas de ambas interpretaciones*
  2. **Autonomía de la voluntad y “competencia entre ordenamientos”**
    - A) *Los límites tradicionales a la elección de ley en los Estados Unidos*
    - B) *Dimensión política y económica de la autonomía de la voluntad*
  3. **La mutación de la autonomía conflictual**
- IV. EL PROTAGONISMO DE LAS CLAUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO
  1. **Normas internacionalmente imperativas y cláusulas de elección de foro**
    - A) *Las cláusulas de elección de foro en los Convenios sobre Derecho uniforme*
    - B) *Reglamento (CE) 44/2001 de 22 de diciembre de 2000*
    - C) *Flexibilización de los efectos de la cláusula de elección de foro en el Derecho estatal*
  2. **El Anteproyecto de Convenio de la Haya sobre acuerdos exclusivos de elección de foro**

## I. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNO

1. La autonomía de la voluntad entendida como poder de los particulares para regular sus asuntos personales y patrimoniales de acuerdo con sus intereses y aspiraciones constituye un principio de derecho privado ampliamente reconocido en los distintos ordenamientos jurídicos<sup>1</sup>. La renovada atención de la doctrina y del derecho positivo por la autonomía de la voluntad obedece a distintos factores, ideológicos, económicos y políticos.

2. La autonomía de la voluntad hunde sus raíces en el derecho fundamental de los seres humanos al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1, de la Constitución española, )<sup>2</sup>. Sobre esta base, el reconocimiento por parte del legislador y de los jueces del poder autorregulador de los individuos respecto de sus propios fines, intereses y aspiraciones, se ha ampliado a esferas de la vida de relación de las personas tradicionalmente sustraídas de la libre disposición. En la actualidad, la autonomía de la voluntad esta presente en la mayoría de los sectores del Derecho privado. Un ilustrativo ejemplo lo ofrece la Sentencia del TJCE de 2 de octubre de 2003<sup>3</sup>, al declarar contraria al Derecho comunitario (artículos. 12 y 17CE) una norma o práctica administrativa nacional que impide a los binacionales optar por el régimen de apellidos previsto en la legislación de uno de los Estados miembros cuya nacionalidad ostentan. Sin embargo, y a pesar de esta extensión de la autonomía de la voluntad a las situaciones jurídicas más diversas en las que puedan verse involucrados los individuos a lo largo de su vida. (derechos de la persona, familia, sucesiones ect.), es en materia patrimonial donde, tanto hoy como ayer, el poder autorregulador de los particulares ha adquirido un mayor relieve

3. La autonomía de la voluntad, de la que forma parte la libertad de empresa y la libertad contractual, se ha convertido en pieza clave de la constitución económica de los Estados o grupos de Estados (artículo 38 de la Constitución española y artículo II-76 del Tratado por el que se establece una Constitución europea), sobretudo a partir del momento en que la economía de mercado ha triunfado como modelo único de referencia mundial. Para comprender la estrecha relación que existe entre mercado y autonomía de la voluntad hay que tener en cuenta, por un lado, que el mercado es un ámbito en el que los agentes económicos (personas físicas y jurídicas) cooperan libre y voluntariamente, intercambiando bienes y servicios mediante la celebración de contratos y acuerdos concertados,<sup>4</sup> y, por el otro, que esta cooperación voluntaria existe en la

---

<sup>1</sup> Jesswald, S. Salacuse “ From Developing Countries to Emerging Markets: A Changing Role for Law in the Third World” *International Law*, 1999, pp. 879-881 señala como a partir de los años noventa numerosos países en vías de desarrollo han abandonado la planificación estatal en favor de la autonomía contractual a fin de favorecer su desarrollo económico.

<sup>2</sup> La Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre “La autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales entre personas privadas” adoptada en su sesión de Bâle de 31 de agosto de 1991, se refiere expresamente a la libertad individual consagrada en diversos Convenios y Resoluciones de NU, como fundamento y legitimación de la autonomía de la voluntad , *Annuaire de l’Institut de droit International*, session de Bâle, Vol. 64-II , 1992, pp 382

<sup>3</sup> STJCE de 2.10.03 , As. C-148-/02 “ C.Garcia Avello c. Estado Belga”.

<sup>4</sup> V. Vanberg/W.Kerber., “Constitutional Aspects of Party Autonomy and its Limits: The Perspective of Constitutional Economics”, Center of European Law /King’s College Londres, mayo 2000 [www.kcl.ac.uk/depste/law/research/cel/events/99\\_00/internal\\_market/vake.pdf](http://www.kcl.ac.uk/depste/law/research/cel/events/99_00/internal_market/vake.pdf) .

medida en que el ordenamiento jurídico garantiza a aquellos que participan en el mercado el respeto a sus derechos de propiedad y a sus contratos. Sin estas dos instituciones básicas difícilmente se producirían los intercambios o, en todo caso, resultarían mucho más costosos. En definitiva, la existencia y el funcionamiento del mercado presuponen un amplio reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de los acuerdos voluntarios a través de los cuales se canalizan los intercambios comerciales

4. No obstante, la función del Derecho no consiste en un mero reconocimiento del poder autorregulador de los particulares. Para que la autonomía de la voluntad goce de protección y tutela por parte del ordenamiento jurídico es necesario que, además, se cumplan una serie de requisitos legales<sup>5</sup>. Por este motivo suele afirmarse que la autonomía de la voluntad no es ilimitada

Desde un punto de vista formal los límites al poder autorregulador de los particulares se manifiesta a través de normas imperativas de naturaleza pública o privada, establecidas por el legislador y de cláusulas generales que permiten al juez restringir la autonomía de la voluntad, incluso en ausencia de normas legales expresamente imperativas, cuando su ejercicio afecta a principios fundamentales o directrices básicas del ordenamiento (orden público) o infringe modelos de conducta que los particulares deben observar en sus actos y relaciones jurídicas (buena fe, lealtad en las transacciones, abuso del derecho)<sup>6</sup>.

No obstante para poder comprender mejor el significado de estos mecanismos correctivos de la autonomía de la voluntad es necesario analizar su función, ya que no siempre los objetivos que se persiguen son los mismos. Con frecuencia lo que se pretende no es tanto restringir la esfera de autonomía de la voluntad de la que gozan los particulares como encauzar su ejercicio de tal modo que no perjudique a los propios interesados, a terceros, o al bienestar general. Autonomía de la voluntad y límites imperativos no deben ser vistos como categorías antagónicas y en conflicto sino como figuras complementarias al servicio de un mismo fin. Éste es el sentido que cabe atribuir al artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática”.

Este enfoque funcional permite clasificar las normas y cláusulas generales limitativas del poder autorregulador de los particulares en dos grandes grupos: las que atienden a la posición de las partes en un negocio jurídico y a las relaciones internas que se crean entre ellas y las que tienen por objeto corregir el impacto negativo que la

---

<sup>5</sup> Como señala Fco. de Castro, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad” *Anuario de Derecho civil*, 1982 p.1036, la función del Derecho respecto de la autonomía de la voluntad es peculiar. “No manda o impone; se confía a los contratantes elaborar su propia ley; el Estado al darle valor de Ley privada y otorgarle fuerza obligatoria entre los contratantes se obliga por su parte a hacer cumplir lo convenido, poniendo para ello a disposición de cada parte el aparato coactivo de la Administración de Justicia. Mientras no se le pide la colaboración de ésta el Estado puede permanecer indiferente al hacer o no hacer de los contratantes (excepto en casos de infracción penal o administrativa); pero cuando se le exige que imponga a una parte el hacer algo que resulte inmoral o injusto habría de abstenerse y no colaborar, declarando la nulidad de lo convenido”.

<sup>6</sup> El Código civil español se refiere a estos distintos límites a la autonomía de la voluntad, en términos generales en el artículo 6.3 (normas imperativas) 7.1 (buena fe) y 8.1 (leyes de policía) y en relación al contrato en el artículo 1255 (leyes imperativa, moral y orden público)

autorregulación puede tener en la consecución de determinados fines económicos y sociales considerados de interés general

5. Dentro del primer grupo cabe incluir las disposiciones que con el fin de garantizar y reforzar el carácter voluntario, libre y espontáneo del consentimiento declaran la nulidad del prestado por error, violencia, intimidación o dolo (artículo 1265 CC); así como las inspiradas en consideración de justicia conmutativa y de equilibrio entre las prestaciones contractuales, como puede ser, p.e., la exigencia de una razón o causa que justifique el desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro (artículo 1275 CC). También cabe incluir en este apartado las leyes especiales que, con el fin de proteger al adherente frente al contenido contractual unilateralmente preestablecido, regulan los contratos no negociados individualmente; ya se trate de contratos que incorporan cláusulas predisuestas por una sola de las partes (Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación); ya de contratos con cláusulas abusivas que causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales (Ley 26/26/1984 de 19 de julio para la defensa de los consumidores y usuarios). A estas disposiciones destinadas a corregir los abusos a que puede dar lugar la desigual posición negociadora de las partes en la contratación en masa, cabe añadir aquellas otras cuyo principal objetivo es resolver los fallos en el mercado que provoca la desigual información y preparación técnica de que disponen las partes contratantes. Sólo cuando se conocen los aspectos jurídicos, técnicos y económicos más relevantes de una oferta se está en condiciones de poder valorar la calidad de los bienes, servicios y condiciones contractuales que compiten en el mercado. Sin una información adecuada, el coste adicional de las ofertas de mejor calidad no puede ser correctamente apreciado, con el consiguiente riesgo de que los mejores productos acaben siendo expulsados del mercado ( “market for lemons”) <sup>7</sup>. Varias Directivas comunitarias intentan resolver estos fallos del mercado, ya sea obligando a los proveedores de bienes y servicios a desvelar el contenido sustancial de sus ofertas<sup>8</sup>; ya sea atribuyendo a los clientes y consumidores un derecho a rescindir el contrato durante un corto periodo de tiempo posterior a su celebración (“cooling-off period”) en aquellos casos en que su consentimiento ha sido “arrancado” utilizando técnicas de marketing que propician decisiones impulsivas y poco reflexivas sobre la conveniencia o no de celebrar un determinado contrato <sup>9</sup>

6. Función distinta cumplen las disposiciones imperativas y cláusulas generales destinadas a corregir y modular el poder autorregulador de las personas a fin de lograr que su ejercicio se ajuste al orden político, económico o social bajo el cual una sociedad democrática decide vivir en un determinado momento (un Estado social de Derecho según el artículo 1.1. de la Constitución española o una Unión Europea basada en “...un

---

<sup>7</sup>. Grundmann, “Information, party autonomy and Economics agents in European contract law” *Common market Law Review* 2002 p. 279

<sup>8</sup> Directiva 87/102/CEE de 22 de diciembre sobre crédito al consumo (arts. 3 a 6) *DOCE L 42* de 12.02.87; Directiva 90/314 de 13 de junio sobre viajes combinados ( art. 3) *DOCE n. L 158* de 23.06.90; Directiva 93/22 CEE de 10 de mayo relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables ( art. 11), *DOCE n. L 141* de 11.06.93; Directiva 97/5/CE de 27 enero sobre pagos transfronterizos (art. 3 a 7) *DOCE n. L 43* de 14.02. 1997 ; Directiva 2002/65/CE de 23 diciembre sobre comercialización a distancia de servicios financieros (3-5), *DOCE n. 271* de 9.10.02

<sup>9</sup> Directiva 85/577/CEE de 20 de diciembre sobre contratos negociados fuera de un establecimiento mercantil ( art 4 y 5) *DOCE n. 372* de 31.12.85; Directiva 94/47/CE de 26 octubre (art. 5) *DOCE n. L280* de 29.10.94; Directiva 2002/65/CE de 23 diciembre sobre comercialización a distancia de servicios financieros (art. 6 ), *DOCE n. 271* de 9.10.02

crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social...” según el artículo I-3(3) del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa). Estos modelos socio-económicos de ordenación de la sociedad se concretan en distintas políticas sectoriales (medioambiental, de defensa de la competencia, de protección del patrimonio cultural, de regulación del mercado de productos financieros, de protección de la familia y la infancia ect...) las cuales son defendidas por los poderes públicos imponiendo a los particulares conductas que limitan o condicionan su poder autorregulador. Esta penetración del Derecho público en materias tradicionalmente sujetas al del Derecho privado, en particular en el ámbito patrimonial, se plasma en normas, que a menudo presentan, un “plus” de imperatividad, ya que, en caso de no ser observadas, llevan aparejada, no solo la sanción de nulidad sino también otras sanciones penales o administrativas.

7. La distinción realizada, desde un punto de vista funcional, entre: normas imperativas y cláusulas generales tendentes a proteger el consentimiento y a velar por una equilibrada composición de los intereses de las partes que intervienen en una relación (normas de protección en sentido amplio), por un lado, y normas imperativas de Derecho público o privado cuyo objetivo inmediato es corregir y ajustar el poder regulador de los particulares a las exigencias de interés general (normas de dirección u ordoplíticas), por el otro, adquiere una especial relevancia en el Derecho internacional privado, ya que ambos tipos de disposiciones imperativas suelen ser objeto de técnicas de regulación distintas. Cuando una situación o relación privada esta vinculada a más de un Estado, la determinación de las disposiciones imperativas que los particulares deben respetar, suele hacerse a través del método de las normas de conflicto bilaterales, consistente en designar el Derecho más adecuado para cada situación o relación jurídica, con independencia de si este Derecho es el del Estado autor de la norma de conflicto o el de un Estado extranjero. Pero cuando estas disposiciones imperativas no tienen por objeto directo e inmediato la protección de los intereses de las partes en una concreta y determinada relación, sino que su función consiste en defender el orden económico y social en cada uno de los Estados vinculados al caso, el método conflictual no resulta apropiado. La estrecha relación entre esta categoría de normas imperativas y los principios fundamentales y rectores de cada sociedad, hace que su aplicación sólo tenga sentido en el marco del Estado que las formula. Por este motivo se suele considerar que las normas imperativas de “dirección”, aunque respondan a un modelo económico y social compartido por una amplio grupo de Estados, no son intercambiables<sup>10</sup>. Cada Estado puede dotar a sus normas imperativas del ámbito de aplicación espacial que considere necesario para mantener su función protectora del propio orden económico y social en supuestos parcialmente vinculados a su ordenamiento, pero no le corresponde determinar si en estos mismos supuestos resultan o no aplicables las normas imperativas de otros Estados. Esta técnica de delimitación unilateral del ámbito de aplicación espacial de las propias disposiciones imperativas ha recibido diversas denominaciones, aunque los términos más utilizados en la actualidad son los de “leyes de policía” y “normas internacionalmente imperativas”. Un ejemplo

---

<sup>10</sup> M.F.C. de Savigny, ya se refirió a la mayor fuerza de unas normas imperativas respecto de otras también imperativas y a la imposibilidad de aplicar la técnica conflictual a las primeras. La distribución a ciegas que hace la norma de conflicto bilateral y neutra presupone la existencia de una comunidad jurídica que no existe en la mencionadas normas imperativas dada su vinculación a los fundamentos políticos y económicos de cada Estado ( *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840-1849, traducc. De Mesía y Poley, 2ª edic Madrid., pp 138-140).

paradigmático de esta técnica de reglamentación, distinta a las normas de conflicto bilaterales, nos lo ofrece el Derecho de la competencia. Para el legislador español, todas las conductas (acuerdos, decisiones o prácticas concertadas), --estén o no vinculadas a otros Estados--, que “ produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional quedan sometidas a las disposiciones imperativas de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de defensa de la competencia ”(artículo 1.1)

8. Esta descripción de las relaciones entre la autonomía de la voluntad y las disposiciones imperativas, sería incompleta si no se hiciera una breve referencia a las disposiciones legales destinadas a suplir la ausencia de regulación o los vacíos en el contenido negocial establecido por las partes (Derecho dispositivo). Por regla general se considera que la autonomía de la voluntad prevalece sobre el Derecho dispositivo, de tal modo que las partes pueden excluirlo o modificarlo. No obstante, como señala la doctrina civilista, cabe hacer algunas matizaciones al respecto, ya que las normas dispositivas también expresan lo que cada legislador considera como justo y equitativo en las relaciones entre las partes. Por consiguiente, estas normas no sólo cumplen una función supletoria de la autonomía de la voluntad, sino que además ofrecen, un “modelo de ordenación”, en el que se han ponderado los intereses de las partes, teniendo en cuenta la naturaleza del negocio del que se trate y las necesidades del tráfico. Este modelo de regulación está dotado de cierta imperatividad, al establecer el artículo 6.2 del Código civil que “la exclusión voluntaria de la ley aplicable (se entiende del Derecho dispositivo)... sólo será válida cuando no contraríe el interés, el orden público ni perjudique a terceros”. Por consiguiente, también a través del Derecho dispositivo, es posible controlar los pactos, cláusulas y condiciones estipuladas por las partes que se desvíen de los elementos básicos de los contratos o de un determinado tipo contractual, cuando la naturaleza y características del negocio en cuestión no justifiquen dicha desviación y se cause, con ello, un grave desequilibrio entre las prestaciones de las partes<sup>11</sup>. En la práctica, sin embargo, esta función de control de la autonomía de la voluntad por parte del Derecho dispositivo, sólo adquiere relevancia en aquellos ámbitos en que el legislador no ha intervenido prohibiendo expresamente ciertas conductas y contenidos contractuales<sup>12</sup> como puede ser el de la contratación individual donde las disposiciones imperativas son escasas.

El Derecho dispositivo al expresar el modelo de regulación que cada legislador considera más ajustado a los intereses de las partes y de las exigencias del tráfico, ofrece un especial relieve en los supuestos internacionales vinculados a distintos ordenamientos jurídicos, ya que ofrece a los particulares la posibilidad de optar por el modelo de regulación más moderno, coherente y apropiado a las características de la relación jurídica que pretenden establecer, como se tendrá ocasión de comprobar más adelante.

9. Esta aproximación al régimen jurídico de la autonomía de la voluntad en el derecho interno realizada, pretende únicamente contribuir a una mejor comprensión del papel específico que el Derecho internacional privado atribuye al poder autorregulador de los particulares. En un contexto de creciente globalización de la economía, la autonomía de la voluntad adquiere una dimensión más amplia que la mera facultad de

---

<sup>11</sup> Fco. de Castro, *Op. Cit.* p.1060-1062; Diez Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* T. I ,4ª edic. Madrid: Civitas 1993 pp.333-334 y A. M. Morales Voz “Derecho Dispositivo” *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Madrid. Civitas, 1995 pp. 2281

<sup>12</sup> Vid *supra* punto 5 en relación a las disposiciones imperativas que condicionan la contratación en masa

los partes de establecer de común acuerdo el contenido de sus contratos (autonomía material); a la vez que les permite sustraerse de las normas consideradas inderogables en los Estados con los cuales sus actos o relaciones se hallan parcialmente vinculados.

## II. SIGNIFICADO Y FUNCION DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: DEL SUBJETIVISMO “PURO” AL CONVENIO DE ROMA DE 1980

10. En las situaciones vinculadas a distintos ordenamientos jurídicos, el Derecho internacional privado positivo atribuye a los particulares, en sectores materiales cada vez más extensos, el poder de elegir la ley aplicable a sus actos y relaciones jurídicas; así como el tribunal competente para conocer de sus controversias, ya sea un tribunal estatal o un tribunal arbitral. No obstante, el significado jurídico de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado ha sido objeto de interpretaciones distintas, en particular por lo que respecta a la elección de la ley aplicable. Aún a riesgo de una excesiva simplificación, cabe sostener que las distintas construcciones doctrinales en torno a la autonomía de la voluntad se corresponden a los cambios políticos, económicos e ideológicos que ha sufrido Europa desde finales del S. XIX hasta la actualidad.

### 1. Los subjetivistas y objetivistas radicales

11. En primer lugar cabe referirse a las doctrinas “subjetivista puras” de finales del S.XIX, formuladas en un marco de liberalismo económico (“laissez faire”) y bajo la influencia de la filosofía kantiana de que la voluntad constituye una ley por sí misma. Sobre esta base, se sostuvo, en el plano jurídico, que la fuerza obligatoria de los contratos deriva de sus propias disposiciones, sin necesidad de que intervenga ninguna ley estatal. Al situar la voluntad de las partes por encima de la ley, resulta del todo inútil y carece de sentido plantearse la cuestión de cuál es la ley aplicable a los contratos internacionales. Por este motivo, cuando las partes incluyen en el contrato una cláusula de elección de ley, la única interpretación posible, desde una óptica subjetivista, es considerar que las partes, por motivos básicamente de comodidad, optan por incorporar al contrato las disposiciones de la ley elegida, en lugar de proceder a formular directamente los pactos y condiciones que estimen pertinentes. Conforme a este planteamiento, la ley elegida deja de ser obligatoria “per se”, al pasar a convertirse en una mera disposición contractual. De ello se derivan importantes consecuencias. En tanto que conjunto de disposiciones susceptibles de ser integradas al contrato, las partes pueden excluir aquellas que resulten contrarias a sus intereses con independencia del carácter imperativo o dispositivo que revistan en el ordenamiento jurídico del que proceden. Así mismo, al no ser necesaria una ley estatal para dotar de fuerza obligatoria a las obligaciones nacidas del contrato, carece de sentido hablar de *lex contractus* abriéndose la posibilidad de un “contrato sin ley” (contrato para cuya validez y eficacia no es necesario el concurso de una ley estatal). Por último, la ley elegida al quedar despojada de su autoridad no es susceptible de invalidar el contrato.

12. La exaltación de la libertad individual por encima de ley y su proyección en el Derecho internacional privado, provocó una reacción en contrario. Las críticas más radicales se formularon en la Europa del S.XX, durante el periodo comprendido entre las dos grandes guerras mundiales. El triunfo de las ideologías totalitarias y el fuerte

intervencionismo estatal en el terreno económico y social que caracterizaron esta época, ofrecieron un terreno abonado para el florecimiento de actitudes hostiles al poder autorregulador de los particulares y en particular a la posibilidad de que las partes eligieran la ley aplicable a sus relaciones de derecho privado. En el ámbito contractual, los “objetivistas radicales” niegan toda diferencia entre la autonomía de la voluntad en el Derecho interno y en el derecho internacional privado. En ambos supuestos, el poder regulador de los particulares (autonomía material) debe de ejercerse dentro de los límites imperativos establecidos por la ley. En el caso de los contratos internos se trata de la ley con la cual el contrato se encuentra exclusivamente vinculado. En el caso de los contratos internacionales, esta ley es la designada por el legislador, y en su defecto el juez, mediante las normas de conflicto del foro. A partir de esta premisa, cuando las partes insertan una cláusula de elección de ley en sus contrato su eficacia, —paradójicamente al igual que sostuvieron los subjetivistas—, se reduce a la incorporación de sus disposiciones al contenido del contrato. Pero existe una importante diferencia entre ambas concepciones, dado que para los objetivistas, la validez y eficacia del contrato no depende de la propia voluntad de las partes, sino de la ley designada por el legislador, o en su defecto, por el juez. Las consecuencias que se derivan de esta interpretación son básicamente, el rechazo a la pretensión de atribuir un significado conflictual específico a la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado, por un lado, y la posibilidad de que la ley objetivamente aplicable invalide el contrato o alguna de sus cláusulas, por el otro. Desde un punto de vista práctico, ésta teoría ofrece, también, algunos inconvenientes, dadas las dificultades con que se enfrenta la localización objetiva de los contratos internacionales. El Derecho internacional privado positivo, tanto antes (“proper law”, “centre vie”) como después de la adopción del Convenio de Roma de 1980 (“ley más estrechamente vinculada”: artículos 4.2 y 4.5) suele utilizar conexiones flexibles y abiertas que no siempre permiten a las partes conocer con seguridad la ley a la cual deberán ajustar sus acuerdos<sup>13</sup>

## 2. La autonomía de la voluntad en el Convenio de Roma de 1980

13. El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuyos primeros trabajos preparatorios se remontan a principios de los años setenta<sup>14</sup>, se elaboró en un marco de creciente desarrollo económico y apertura de los mercados, en el que la ideología política dominante en Europa era la socialdemocracia vinculada al Estado del bienestar. En este contexto resulta comprensible el esfuerzo realizado para conseguir un equilibrio entre la libertad individual, la protección de la parte más débil en la negociación y el respeto a las políticas económicas y sociales de cada Estado en supuestos solo parcialmente vinculados a su territorio. El modelo que resultó de esta combinación de intereses diversos, por lo que respecta al régimen de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos internacionales, ha sido interpretado mayoritariamente del siguiente modo:

---

<sup>13</sup> Un esfuerzo doctrinal, dentro del marco de las doctrinas objetivistas, para dotar de mayor seguridad y previsibilidad la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales, es el realizado por H. Batiffol mediante su teoría de los “índices de localización” (“Subjetivisme et objetivisme dans le Droit international privé des contrats” *Melanges J. Maury*, T. I., Paris 1960 pp. 39-58) Este autor, aunque comparte la tesis de que corresponde únicamente al legislador determinar la ley aplicable a los contratos internacionales, admite la posibilidad de que el juez tome en cuenta la elección efectuada por las partes a la hora de individualizar la ley aplicable al caso concreto.

<sup>14</sup> Vid. Informe de M. Giuliano y P. Lagarde relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales *DOCE*, C 327 de 11 de diciembre 1992, pp 4-7

La cláusula de elección de ley deja de ser vista únicamente como un mecanismo de incorporación de las disposiciones de la ley elegida al contenido del contrato (“autonomía material”), —como pretendían tanto los “subjetivistas” como los “objetivistas—, para pasar a tener un significado más amplio. La elección de ley se convierte en un punto de conexión de la norma de conflicto (artículo 3.1) susceptible de desplazar los puntos de conexión previstos por el legislador (artículo 4) . Al elegir la ley aplicable, las partes no solo seleccionan las disposiciones que deberán integrar o completar las estipulaciones contractuales; sino que además designan el Estado cuyas leyes dotarán de fuerza obligatoria al contrato y , en definitiva, sancionarán su validez y eficacia (“autonomía conflictual”). Esta concepción de la autonomía de la voluntad, se diferencia claramente con las doctrinas anteriormente mencionadas. Frente a las tesis subjetivistas, se mantiene la supremacía de la ley estatal sobre la voluntad de las partes. Frente a los objetivistas, no solo el legislador, sino también los particulares pueden resolver los “conflicto de leyes “que suscitan los contratos vinculados a distintos ordenamientos, eligiendo la ley aplicable (*lex contractus*).

Este esquema se altera sensiblemente cuando existe un poder de negociación asimétrico entre las partes contratantes (contratos entre profesionales y consumidores y contratos entre empresarios y trabajadores) y dichos contratos se celebran en las condiciones previstas en el artículo 5.2. (consumidores) y artículo 6.1 (trabajadores). En estos casos, la elección de ley por las partes sólo puede desplazar las conexiones objetivas previstas por el legislador ( artículos 5.3 y 6.2) cuando su aplicación resulte más favorable para el consumidor y el trabajador, respectivamente. En estos supuestos, la atribución a la autonomía de la voluntad de un significado conflictual resulta más problemática, en la medida en que la ley, cuyas normas protectoras los contratantes no pueden derogar, la fija el legislador y no los propios interesados . El hecho de que las partes puedan elegir una ley más protectora de la parte débil que la ley objetivamente designada por el legislador no significa necesariamente que la ley elegida se convierta en la *lex contractus*, sino únicamente que la ley elegida debe respetar los estándares mínimos de protección de la ley objetivamente aplicable. De aceptarse esta interpretación la elección de ley prevista en los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma únicamente facultaría a las partes a incorporar a su contrato disposiciones protectoras más favorables al consumidor o al trabajador que las previstas en la ley objetivamente aplicable (autonomía material); pero no a elegir la *lex contractus* (autonomía conflictual)<sup>15</sup>

Por ultimo, en el marco del Convenio de Roma de 1980, la autonomía de la voluntad resulta totalmente excluida en presencia de normas de derecho público, principalmente económico, destinadas a salvaguardar el orden económico y social de los Estados vinculados al contrato (leyes de policía o normas internacionalmente imperativas) . En estos supuestos previstos en el artículo 7 la técnica empleada deja de ser la conflictual, correspondiendo a cada Estado delimitar unilateralmente el ámbito de aplicación territorial o extraterritorial de sus disposiciones de derecho publico susceptibles de afectar las relaciones contractuales<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Como indica G. Carella “*Autonomia della volontà e scelta di legge nel Diritto internazionale privato*, Bari: Cacucci editore, 1999 p.126, las normas imperativas de la ley objetivamente aplicable intervienen en una sola dirección: evitar que empeore la protección de la parte más débil mediante la elección de una ley extranjera menos favorable. Cuando ello no sucede , nada impide incorporar al contrato las disposiciones de una ley más favorable.

<sup>16</sup> Vid. *supra* punto 7

### III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN Y DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL.

14. La globalización, entendida como interdependencia de las economías nacionales e integración de los mercados a nivel regional, en especial, la creación de un mercado único en el seno de la Unión Europea, son el resultado de un largo proceso de liberalización de los intercambios internacionales que se ha visto acelerado a partir de los años ochenta con las políticas neo-liberales de los Estados y Organizaciones internacionales (OMC, BM, FMI, OCDE) que dominan la escena económica internacional.

Ante esta nueva realidad cabe plantearse la cuestión de si la interpretación de la autonomía de la voluntad que se desprende del Convenio de Roma de 1980 y a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, permite resolver de forma satisfactoria la paradoja que supone el que las actividades de producción e intercambio puedan desenvolverse en un espacio transnacional donde, en mayor o menor grado, se han eliminado los obstáculos técnico-administrativos a la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, mientras que los contratos y acuerdos concertados, celebrados en el marco de estas actividades, continúan sujetos a los distintos derechos estatales que coexisten en el interior de este espacio global o regional <sup>17</sup>.

La subsistencia de diversidad normativa dentro de un mercado transnacional dificulta el desarrollo de las transacciones internacionales. Existe una opinión muy difundida, aunque no siempre suficientemente avalada por estudios empíricos previos, según la cual, uno de los principales motivos por los cuales las empresas y los particulares, en especial las PIMEs y los consumidores, no participan de un modo más activo en el mercado internacional, incluido el mercado interior europeo, se debe a la inseguridad jurídica, costes de transacción y distorsiones a la competencia que provoca el riesgo de que una misma operación transnacional puede verse sometida a leyes y tribunales de distintos Estados. La compatibilidad entre fraccionamiento jurídico y integración económica ha dado lugar a un interesante debate en Europa en torno a si es necesario unificar el Derecho de los contratos o si, por el contrario, basta con mejorar los mecanismos de gestión y coordinación de la diversidad normativa que ofrece el Derecho internacional privado<sup>18</sup> En el marco de este debate y, por lo que respecta concretamente al significado de la autonomía de la voluntad en un espacio económicamente integrado, cabe señalar que las corrientes unificadoras favorecen una lectura sustantivista del artículo 3.1. del Convenio de Roma tendente a evitar el tránsito obligado por la norma de conflicto y por lo tanto por la *lex contractus*; mientras que las posiciones favorables a la diversidad normativa mantienen la función conflictual de la autonomía aunque dotándola de una dimensión política nueva.

---

<sup>17</sup> Fco. J. Garcimartin se refiere a esta paradoja al tratar del “dilema del intercambio” en un mundo jurídicamente fraccionado, en su curso sobre “La racionalidad económica del Derecho internacional privado” en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001 pp. 95-107

<sup>18</sup> En España, ambas posturas, han sido sostenidas, con una riqueza de matices y precisiones cuya descripción excede del objeto de este trabajo, en sendos *Cursos de Derecho internacional privado y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* por Fco Garcimartin, “La racionalidad económica del Derecho internacional privado” del año 2001 pp. 87-154 y C. Fernandez Rozas “Teoría y praxis de la Codificación del Derecho de los negocios internacionales” del año 2002 pp. 81-216.. El primero más favorable al mantenimiento de la diversidad normativa y el segundo de la unificación.

## 1. Autonomía de la voluntad y unificación del Derecho de los contratos

15. La subsistencia de diversidad normativa en espacios económicos transnacionales cada vez más integrados obliga a recurrir al Derecho internacional privado para seleccionar el derecho aplicable. En el caso de los contratos internacionales esta determinación del Derecho aplicable puede ser obra del legislador o de las propias partes; pero en ambos casos esta técnica conflictual es considerada por los agentes económicos como costosa, poco segura y excesivamente compleja en su aplicación. La necesidad de informarse a cerca de la ley extranjera y de tener que ajustar el contenido del contrato a sus disposiciones imperativas, aumenta los costes de transacción en relación con los contratos puramente internos y ello, sin contar con los costes adicionales de negociación en aquellos supuestos en que las partes optan por someter el contrato a una ley distinta de la prevista por el legislador. Pero, además, tanto si son las partes como el legislador quienes determinan la ley aplicable, ésta siempre es una ley estatal la cual, no siempre es adecuada para regular las nuevas figuras y montajes contractuales (“ingeniería jurídica”) que se han desarrollado en el mercado global y que vienen marcados por los cambios en los modelos de producción de las empresas multinacionales, por la internacionalización de los mercados financieros y por las nuevas tecnologías<sup>19</sup>. Se trata de contratos de larga duración, de grupos de contratos encuadrados en operaciones económicas de gran complejidad o de figuras atípicas cuyo valor económico y riesgos suelen ser muy superiores a los de los contratos puramente internos.

Esta opinión negativa acerca de la aptitud de la técnica conflictual para regular de forma satisfactoria los contratos internacionales, explica el favor de que gozan otros mecanismos de regulación considerados más ajustados a las exigencias de la globalización, tales como la unificación del Derecho de los contratos a través de Convenios internacionales<sup>20</sup> o de actos de instituciones internacionales a las que los Estados hayan transferido competencias en la materia<sup>21</sup> y la creación por parte de los propios operadores jurídicos y económicos que participan en el comercio internacional de una normativa uniforme desarrollada al amparo de *lex mercatoria* (usos, prácticas negociales, principios del comercio internacional, modelos contractuales, cláusulas tipo ect..) y del arbitraje.

---

<sup>19</sup> E. Loquin/L.Ravillon “La volonté des opérateurs vecteur d’un droit mondialise” en E.Loquin/C.Kessedjian *La mondialisation du droit*, Paris: Litec, 2000 pp. 107-108

<sup>20</sup> En el momento actual, la principal vía de unificación del Derecho de los contratos internacionales, continúan siendo los Convenios internacionales y las realizaciones, aunque modestas por lo que se refiere al alcance material de la unificación, se deben principalmente a la labor de la Uncitral y del Unidroit

<sup>21</sup> Respecto de la unificación “oficial”, cabe señalar que ni el Tratado de Niza, actualmente en vigor, ni el futuro Tratado por el que se establece una Constitución para Europa habilitan de forma expresa a la Unión europea para unificar el Derecho privado. Como señala J.C. Fernández Rozas, “ El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución europea” *Diario La Ley n. 6097* de 30 septiembre 2004, “ No deja de ser significativa la ausencia de una referencia expresa a la unificación del Derecho privado, limitándose el constituyente comunitario a incluir la materia dentro de la declaración genérica consistente en que la cooperación «judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza (...) podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros» (art. III-170.1.º). La lectura de estas disposiciones pone de relieve que el texto está presidido por las soluciones clásicas de Derecho internacional privado y no por soluciones armonizadoras más acomodadas a las acciones comunitarias que vienen desarrollándose en los últimos tiempos y por todo un debate doctrinal que incide en el un carácter esencialmente instrumental del Derecho privado, en tanto que mecanismo que coadyuva al proceso de unificación económico e incluso político”.

## A) *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme*

16. El impacto del Derecho uniforme sobre la autonomía de la voluntad varía en función del carácter facultativo o imperativo de sus disposiciones. Si se toman como ejemplos paradigmáticos de ambos tipos de disposiciones, el Convenio de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercancías de 1980 y el Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional de 1999, para utilizar dos ejemplos de Convenios sobre Derecho uniforme ratificados por España, la primera constatación que cabe hacer es que, la aplicación de dichos Convenios a los contratos que entran dentro de su respectivo ámbito de aplicación material y espacial puede ser excluida (*opting out*) en el caso del Convenio de Viena artículo 6<sup>22</sup>), pero no en el caso del Convenio de Montreal (artículo 49<sup>23</sup>), salvo que las partes acuerden un régimen más favorable (p.e. límites de responsabilidad del transportista más elevados o renuncia a las defensas que el transportista pueda invocar en virtud del Convenio<sup>24</sup>).

El carácter imperativo de las disposiciones uniformes contenidas en el Convenio de Montreal se ve reforzado, al igual que sucede con otros Convenios internacionales en materia de transportes internacionales, por las normas sobre jurisdicción y arbitraje, como se tendrá ocasión de comprobar en la última parte de este estudio al examinar las relaciones entre las normas internacionalmente imperativas y las cláusulas de elección de foro<sup>25</sup>.

17. Respecto a la posibilidad de que las partes extiendan la aplicación de estos Convenios sobre Derecho uniforme a contratos excluidos de su ámbito de aplicación (*opting in*), ni el Convenio de Viena de 1980, ni el Convenio de Montreal de 1999 contienen disposiciones expresas al respecto. No obstante, el Convenio de Viena prevé su aplicabilidad, no sólo a los contratos de compraventa internacional entre personas físicas o jurídicas que tengan su establecimiento en distintos Estados contratantes (artículo 1.1 a); sino también cuando las normas de Derecho internacional privado del foro declaren aplicable ley de un Estado contratante (artículo 1.1 b). Por consiguiente, en la medida en la que, entre estas normas de Derecho internacional privado, se encuentran las normas de conflicto que facultan a las partes a elegir la ley aplicable, cabe entender que, al elegir la ley de un Estado contratante, optan “indirectamente” por la aplicación del Convenio de Viena.

Otros Convenios, en cambio, prevén la posibilidad de que las partes elijan “directamente” el Derecho uniforme como normativa reguladora de sus contratos, sin necesidad de pasar por el tamiz de la norma de conflicto ( artículo 10 (c), del Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 1924, enmendado por los Protocolos de 1968 y 1979 ( “Reglas de La Haya-Visby”), artículo 2 .1 e) de las “Reglas de Hamburgo” de 1978, artículo 1(2) del

---

<sup>22</sup> Artículo 6 del Convenio de Viena, “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención., o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 , establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos” . ”

<sup>23</sup> Artículo 49 del Convenio de Montreal “Toda cláusula del contrato de transporte y todos los acuerdos particulares concertados antes de que ocurra el daño, por los cuales las partes traten de eludir la aplicación de las reglas establecidas en el presente Convenio, sea decidiendo la ley que habrá de aplicarse, sea modificando las reglas relativas a la jurisdicción, serán nulos y de ningún efecto”

<sup>24</sup> Artículo 25 y 27 del Convenio de Montreal

<sup>25</sup> Vid. *Infra* punto 39

Convenio de Berna sobre transporte internacional por ferrocarril de 1980<sup>26</sup>)<sup>27</sup> El acuerdo de las partes de someter el contrato de transporte al Derecho uniforme en supuestos en que éste no resulta aplicable *ex proprio vigore* recibe el nombre de “cláusula paramount” y reviste un significado conflictual<sup>28</sup>, en la medida en que desplazan la ley estatal (*lex contractus*) que en caso de no existir dicho cláusula resultaría aplicable a los aspectos regulados por el Derecho uniforme. La principal dificultad surge cuando la validez y eficacia de las mencionadas cláusulas paramount se plantea ante las autoridades de un Estado no contratante o cuando los Convenios no contemplan expresamente la posibilidad de que las partes elijan las reglas uniformes para regular situaciones que exceden de su ámbito de aplicación territorial o material. En la medida en que el significado que cabe atribuir a la autonomía de la voluntad en estas hipótesis plantea dificultades análogas a las que suscita la elección por las partes en un contrato de una normativa no estatal, su estudio se realiza a continuación junto con la problemática que plantea la remisión a la *lex mercatoria* o a algunos de sus elementos más desarrollados, como pueden ser los Principios del Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2004) o los Principios de Derecho europeo de los contratos elaborados por la Comisión Lando (2002-2003)<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> El CIM-COTIF de 1999 restringe la posibilidad de elegir las Reglas uniformes para regular los contratos de transporte de mercancías por ferrocarril que no entren dentro del ámbito de aplicación espacial del Convenio (el lugar de carga de la mercancía y el lugar previsto para la entrega deben estar situados en dos Estados Miembros), a que al menos uno de los citados lugares este situado en un Estado miembro

<sup>27</sup> Mención aparte merece el artículo 6.1 k) del Convenio de Ginebra relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera de 1956, enmendado por el Protocolo de 1978 y el artículo 15(1) en relación con el 23.3 de las “Reglas de Hamburgo, al obligar a que, en el documento de transporte, en el conocimiento de embarque o en cualquier documento que haga prueba del transporte, conste una cláusula o declaración en la que se indique expresamente que el contrato de transporte se halla sujeto a las disposiciones de los respectivos convenios. La finalidad que se persigue con estas disposiciones es asegurar que las Reglas uniformes serán aplicadas aunque los tribunales llamados a conocer de una controversia relativa a los mencionados contratos de transporte de mercancías por carretera o por mar sean los de un Estado no contratante. Vid. E. Castellano Ruiz, *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en el transporte internacional*, Granada, Comares, 1999 pp.120-126 y R. Herber “Jurisdiction and arbitration – Should the new Convention contain rules on this subjects” *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* 2002 pp. 405-417

<sup>28</sup> J.J. Alvarez Rubio *Las cláusulas paramount : autonomía de la voluntad y selección del Derecho aplicable en el transporte marítimo internacional*, Madrid: Eurolex, 1997 pp. 131-148. Como muy bien señala este autor en su detallado estudio sobre los diversos tipos de “cláusulas paramount” insertas en los conocimientos de embarque, la cláusula paramount solo cumple una función conflictual en los Estados parte en los Convenios que la admiten expresamente; pero no en los Estados no contratantes, ya que para éstos, al no estar obligados a respetar las disposiciones de los mencionados Convenios, la remisión de las partes a las Reglas uniformes reviste un valor meramente contractual de incorporación por referencia, quedando por consiguiente subordinada la validez y eficacia de las Reglas uniformes al respeto a las normas imperativas de la ley designada aplicable por las normas de conflicto del foro.

<sup>29</sup> En el presente estudio utilizaremos la noción de *lex mercatoria* en un sentido amplio para referirnos a la normativa de origen privado elaborada al margen de los sistemas estatales o de las organizaciones internacionales con competencia en materia de Derecho privado. Este enfoque nos permite incluir a los Principios de Unidroit y a los Principios de la Comisión Lando en la noción de *lex mercatoria*, a pesar de tener un origen distinto al de los usos y prácticas uniformes seguidas por los particulares y empresas que participan en el comercio internacional. Ambos textos son el resultado de un trabajo académico que, a partir de materiales de muy diversa índole (algunos procedentes de la *lex mercatoria*, otros del estudio comparado del Derecho positivo estatal, convencional o institucional) ofrece una reglamentación razonable y equilibrada de los contratos internacionales.

## B) *Autonomía de la voluntad y “lex mercatoria”.*

18. En este apartado no se pretende analizar la autonomía de la voluntad en tanto que fuente u origen de los usos y prácticas negociales más habituales en los diversos sectores del comercio internacional; ni tampoco profundizar en los demás elementos que, en combinación con el arbitraje privado internacional, configuran la denominada *lex mercatoria* (reglas uniformes, modelos contractuales, cláusulas generales, términos contractuales elaborados por un número creciente de asociaciones y organizaciones profesionales, y principios generales)<sup>30</sup>. El objetivo es otro, ya que solo se trata de verificar si el Derecho internacional privado positivo actual proporciona una respuesta adecuada a la importancia, tanto cuantitativa como cualitativa, que esta regulación elaborada al margen de los sistemas estatales ha alcanzado en la actualidad ante la pasividad y/o complicidad de los propios Estados<sup>31</sup>. En otras palabras, si la regulación de la autonomía de la voluntad y sus límites en el Convenio de Roma de 1980 se corresponde con el grado de madurez y expansión que ha experimentado esta normativa de origen privado o si, por el contrario, constituye una rémora para su desarrollo..

19. Con la adopción del Convenio de Roma, parecía haberse cerrado definitivamente el debate entre subjetivistas y objetivistas respecto del significado de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado en favor de una interpretación ampliamente compartida, cuyos ejes centrales, pasan por considerar a la elección de ley por las partes como el punto de conexión principal de la norma de conflicto bilateral aplicable a las obligaciones contractuales y por la exigencia de que la ley elegida (*lex contractus*) sea la de un Estado<sup>32</sup>. No obstante, cada vez son más frecuentes las voces que, con matices distintos, discrepan de esta interpretación. En todas ellas late la preocupación por abrir el Convenio de Roma a bloques normativos elaborados al margen de los sistemas estatales sin necesidad de pasar por el filtro de la ley estatal designada por la norma de conflicto (*lex contractus*). Este renovado interés por dotar a la autonomía de la voluntad de un significado distinto al usual y más acorde con la realidad actual, parece haber hecho mella en las instituciones europeas, ya que en el debate suscitado por la Comisión sobre la actualización del Convenio de Roma de 1980 y su transformación en un instrumento comunitario, una de las cuestiones planteadas ha sido la eventual aceptación, como *lex contractus* y no como simple cláusula de incorporación contractual, de una normativa no estatal por parte de los Estados miembros<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Para un estudio de ambas cuestiones *vid.* por todos, J.C. Fernández Rozas *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid: Consejo General del Notariado, 2003.

<sup>31</sup> De forma muy esquemática y simplificada cabría sostener que a nivel microeconómico de las relaciones comerciales entre personas de Derecho privado, el Estado en ocasiones se *resigna* y en otras *favorece* (como ha sucedido en el caso de los Principios del Unidroit donde los Estados miembros han incentivado y financiado su elaboración) la formulación de normas al margen de los mecanismos de producción jurídica estatales; mientras que a nivel macroeconómico de las relaciones económicas internacionales, el Estado *confía* en la gestión y control de las Organizaciones internacionales mundiales o regionales.

<sup>32</sup> Vid. *supra* puntos 11 al 13.

<sup>33</sup> Ante la práctica cada día más frecuente en el ámbito del comercio internacional, de elegir, en lugar de la ley de un determinado Estado las normas de un Convenio internacional no aplicable *ex proprio vigore* los usos y prácticas negociales, los principios generales del Derecho o los principios sobre los contratos internacionales elaborados por el Unidroit o la Comisión Lando, la Comisión ha sometido a debate el punto 8 del Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, COM (2002) 654.

20. La posibilidad de reconsiderar el significado y función de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado se ha visto favorecida por dos factores: El propio texto del artículo 3 (1) y (2) del Convenio de Roma y la evolución que ha experimentado la *lex mercatoria*, la cual, en algunos de sus elementos, ha alcanzado un grado de desarrollo, calidad jurídica, equilibrio entre los intereses en presencia y adecuación a las necesidades del comercio internacional, equivalente al que ofrecen muchas leyes estatales.<sup>34</sup>

Las opiniones que consideran que otra interpretación de la autonomía de la voluntad es posible, son varias, aunque no todas atribuyen el mismo significado a la elección de ley por las partes prevista en el artículo 3. Para algunos, la doble función localizadora y de reglamentación<sup>35</sup> que cumple la elección de ley por las partes en el ámbito de los contratos internacionales configura al artículo 3 del Convenio de Roma como una modalidad particular de norma de conflicto de carácter substancial<sup>36</sup>. Para otros, ambas funciones se encuentran tan estrechamente vinculadas que resulta muy difícil poder distinguir las<sup>37</sup>. Dentro de este grupo cabría situar aquellos que consideran que en el ámbito contractual la autonomía de la voluntad se sitúa en el límite de un criterio de conexión internacionalprivatista y una fuente de recepción directa de la norma aplicable, de tal modo que se estaría ante un método de reglamentación autónomo y distinto de los demás métodos utilizados por el Derecho internacional privado para resolver los conflictos de leyes<sup>38</sup>. Por último, algunas lecturas todavía más radicales, rechazan este doble significado, conflictual y material, de la autonomía de la voluntad al considerar que ambas funciones son incompatibles. Esta percepción les lleva a rechazar todo vestigio de conflictualismo en el artículo 3 del Convenio de Roma y a afirmar que se trata de una norma material de Derecho internacional privado<sup>39</sup>. Al margen de estas diferencias, a veces de matiz, lo que de momento interesa retener es que mientras para algunos la autonomía de la voluntad continua teniendo un significado propio y específico en el Derecho internacional privado (punto de conexión utilizado por la norma de conflicto para individualizar la *lex contractus*), para otros la

---

Bruselas 14 enero 1003 , la siguiente cuestión “¿Deben las partes poder elegir directamente un convenio internacional o, incluso, los principios generales del Derecho?

<sup>34</sup> F.K.Juenger /S. Sanchez Lorenzo, “Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado” *Revista española de Derecho Internacional*, 2000,1, pp. 29-44

<sup>35</sup> O. Casanovas “La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado” *Anuario de Derecho civil* 1976, pp. 1003-1020

<sup>36</sup> P.M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève: Georg, 1985 p.121. Este autor señala la necesidad de no identificar la autonomía de la voluntad con el resto de normas de conflicto de carácter sustancial ya que presenta respecto de éstas la importante peculiaridad de que no subordina la determinación de la ley aplicable a la realización de un determinado resultado material que la propia norma de conflicto precisa , al menos implícitamente, sino que su carácter sustancial deriva de la facultad de las partes a elegir la ley que mejor se ajuste a sus intereses.

<sup>37</sup> S.M Carbone /Luzatto *Il contratto internazionale* Torino; Itec, 1994 p. 21 y ss.

<sup>38</sup> Para P.Picone *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Milan Cedam 1998, pp. 154 , 518 y 519 , la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual se sitúa en el límite entre un criterio de conexión internacionaprivatístico y una fuente de recepción directa de la norma aplicable. En la construcción de este autor , el modelo contractual que se desprende del Convenio de Roma , en aquellos contratos en que las partes gozan de una libertad de elección ilimitada y de la posibilidad de modificar libremente la elección efectuada no puede ser reconducido a ninguno de los métodos de coordinación de sistemas , identificados en sus múltiples y valiosos estudios: método tradicional de las normas de conflicto localizadoras, método de las normas de conflicto de carácter sustancial. Remisión al ordenamiento jurídico competente y aplicación generalizada de la *lex fori*.

<sup>39</sup> G. Carella *Autonomia della volontà e scelta di legge nel Diritto internazionale privato* Bari: Caducci Editore, 1999

autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado se refiere , al igual que la autonomía de la voluntad en el Derecho interno, al poder autorregulador de que disponen los contratantes para establecer de mutuo acuerdo el contenido de sus contratos

Estas tesis encuentran una sólida base de apoyo en el Derecho positivo. Los argumentos más utilizados en contra de una interpretación en clave exclusivamente conflictual de la facultad de elección de ley que el artículo 3 (1) y (2) del Convenio de Roma reconoce a los particulares, se basan en la posibilidad que dicho artículo ofrece de elegir cualquier ley estatal aunque no este vinculada al contrato; efectuar dicha elección con posterioridad a su celebración o modificar la ley inicialmente elegida y; sobre todo, proceder a una elección parcial o someter partes o aspectos del contrato, dotados de cierta autonomía a leyes distintas (*depeçage*). También coinciden en señalar la incoherencia que supone conceder a las partes una libertad de elección de ley sin límites a la vez que se les prohíbe la elección de una normativa no estatal . Resulta paradójico permitirles, por un lado, que puedan combinar distintas leyes estatales y construir, de este modo, un marco jurídico de referencia “ad hoc” (dentro del cual ejercerán su libertad contractual), distinto del previsto en cada una de estas leyes individualmente consideradas e impedirles , por otro, que puedan someter el contrato a una normativa autónoma que a diferencia de las leyes estatales, ha sido elaborada atendiendo a la internacionalidad del contrato y a las necesidades del comercio internacional<sup>40</sup>. No obstante las consecuencias que se derivan de ambos planteamientos son distintas, como se verá más adelante, ya que si bien la mayoría continua manteniendo la necesidad de una *lex contractus*, (estatal o no), hay quienes sostienen la posibilidad de prescindir de la ley rectora del contrato ,

21. Antes, de profundizar un poco más en estas construcciones doctrinales, es preciso realizar algunas puntualizaciones a fin contribuir a su mejor comprensión y evitar posibles equívocos.

A pesar de que el Convenio de Roma no habilita a los contratantes a elegir como *lex contractus* una normativa no estatal , ello no significa que las partes no puedan incorporar al contenido del contrato diversos elementos de la *lex mercatoria* o que dichos elementos no puedan ser aplicados por el juez en aquellos supuestos en que la *lex contractus* remite expresamente a los mismos para regular determinados aspectos de la relación contractual, p.e. declarando aplicables los usos y prácticas regularmente observados por los operadores económicos que realizan un mismo tipo de contratos en un determinado sector del comercio internacional. Por consiguiente lo único que exige el Convenio de Roma es que las reglas de la *lex mercatoria* se ajusten a la *lex contractus* designada por las partes o , en su defecto, por el legislador.

La libertad de elección sin límites que el artículo 3 del Convenio de Roma reconoce a los contratantes se refiere únicamente a la ley que rige el poder de autorregulación de que disponen para establecer el contenido de sus mutuas relaciones. Cuando están en juego intereses distintos a las propias partes contratantes el artículo 3 no resulta aplicable. Los efectos del contrato frente a terceros o la incidencia del mismo sobre objetivos de interés general son cuestiones que se hallan reguladas por otras normas de conflicto o por las normas internacionalmente imperativas o leyes de policía del foro o , eventualmente, de un tercer Estado <sup>41</sup> .

---

<sup>40</sup> B. Ancel, “ Autonomía de la voluntad y Derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y México” *Anuario Español de Derecho internacional privado*, T.II, 2002, p. 43

<sup>41</sup> Eventualmente, tal como establece el art. 7.1 del Convenio de Roma los límites imperativos a la autonomía material de los contratantes también puede ser los establecidos en la ley de un tercer Estado ,

Por último, la eventual sustitución de la *lex contractus* por una regulación no estatal no significa un retorno a las tesis sustantivistas del contrato “sin ley” ni situar, por lo tanto, la voluntad de las partes por encima de la autoridad de la ley; sino únicamente un desplazamiento del Estado al que le corresponde ejercer el control sobre el poder autorregulador de los particulares. Una vez el Convenio de Roma ha admitido la posibilidad de que las partes excluyan las normas imperativas de la *lex contractus* que no se ajusten a sus intereses y aspiraciones eligiendo una ley más permisiva o modificando la elección inicialmente efectuada, el control de la *lex contractus* queda muy debilitado; pero esto no significa que se hayan eliminado los límites imperativos a la libertad contractual. El Estado del foro podrá continuar ejerciendo su control sobre la formación y contenido del contrato, a través de la excepción de orden público (artículo 16) y de sus normas internacionalmente imperativas ( artículo 7.2)

a) *La configuración de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado como una norma de conflicto “sui generis”*

22. . La elección de ley por las partes se ha justificado tradicionalmente en las dificultades de localización que presentan los contratos internacionales. En la actualidad, la liberalización de los factores de producción ha acentuado todavía más la inestabilidad de los vínculos que unen las actividades económicas que se desarrollan en el espacio transnacional al territorio de los Estados; ya que son muchas las conexiones previstas por el legislador que fácilmente pueden ser manipuladas por los particulares. La pérdida de estabilidad de las conexiones objetivas debilita el significado y la relevancia jurídica que en el paradigma clásico se atribuye a la sede o localización en el espacio de la relación jurídica<sup>42</sup>. La conexión objetiva del art. 4 del Convenio de Roma integrada por una presunción a favor de la residencia habitual del deudor de la prestación característica y una cláusula de excepción, muestran la ausencia de una convicción firme respecto de la localización de los contratos internacionales a la vez que la preocupación por asegurar una cierta seguridad jurídica<sup>43</sup>. En este contexto no cabe duda que dejar que sean las propias partes contratantes quienes individualicen la ley aplicable, aporta mayores dosis de seguridad al hacer más previsible la ley aplicable. La posibilidad de que sean los contratantes quienes, si así lo desean, individualicen, desde el mismo momento de la celebración del contrato, la ley que suplirá las carencias en la regulación que hayan estipulado y que fijará los límites imperativos a su poder de autorregulación, ofrece indudables ventajas frente a la necesidad de tener que esperar a que sea un juez quién, a la vista de las circunstancias del caso, concrete el punto de conexión previsto por el legislador.

No obstante, y a pesar de su importancia, éste fundamento basado en la seguridad y la previsibilidad de la ley aplicable, no permite, por sí sólo explicar el poder de elección ilimitado que el artículo 3.1 del Convenio de Roma reconoce a los contratantes. Más bien inclina a pensar que su principal razón de ser se encuentra en el deseo de facilitar a los contratantes la selección de la ley o leyes que por su contenido,

---

es decir de un Estado que no es ni el del foro ni el de la *lex contractus*. No obstante, la práctica nos ofrece escasos ejemplos de aplicación por parte de los tribunales del foro de las normas internacionalmente imperativas de un tercer Estado.

<sup>42</sup> Para una apreciación crítica de la construcción estrictamente espacial de la noción de “sede” en F.C. de Savigny vid. J.D.Gonzalez Campos “Diversification, spécialisation, flexibilisation et métérialisation des règles en Droit international privé” *Recueil des cours*, T. 287 (2000) pp. 56-65

<sup>43</sup> P.M. Patocchi *Op. Cit* p. 110

grado de desarrollo, neutralidad, fácil acceso a su conocimiento ect... mejor se ajusten al proyecto contractual que desean llevar a cabo<sup>44</sup>.

La posibilidad de tomar en consideración el contenido de un número indeterminado de leyes estatales antes de efectuar la elección o de modificar la elección ya realizada, dota a la norma de conflicto del artículo 3 (1) y (2) del Convenio de Roma de una dimensión material que la aproxima, sin que llegue a identificarse, a la técnica de las normas de conflicto de carácter sustancial. Si se analizan las normas de conflicto de carácter sustancial o materialmente orientadas que ofrece el derecho positivo, se comprueba la presencia de dos elementos que permiten distinguirlas de la autonomía de la voluntad. Por un lado la incorporación de un valor u objetivo material que el legislador considera digno de protección (por regla general se trata de favorecer la validez de un acto o la consecución de un determinado derecho o interés) y, por el otro, la formulación de una pluralidad de puntos de conexión (alternativos, subsidiarios o en cascada) tendentes a facilitar la consecución del mencionado objetivo o valor. En relación con el primer elemento, sólo es posible asimilar la autonomía de la voluntad a las normas de conflicto de carácter sustancial si se considera que el objetivo material perseguido por el legislador es favorecer el “interés de las partes contratantes”. Pero aun aceptando, que este elemento de *favor*, impreciso y abstracto, constituya el objetivo material de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado, el mecanismo para alcanzarlo es distinto del utilizado por las normas de conflicto de carácter sustancial. Frente a la selección por parte del legislador de un número limitado de leyes susceptibles de ser consultadas en la búsqueda de un determinado resultado material que caracteriza a la técnica de las normas de conflicto de carácter sustancial; la autonomía de la voluntad recurre a la libertad sin límites de los contratantes para elegir cualquier ley, esté o no vinculada al contrato. Esta diferencia explica que, mientras las normas de conflicto orientadas materialmente conservan todavía una función de localización de la ley aplicable, en la autonomía de la voluntad esta dimensión espacial es absorbida por el objetivo material de satisfacer el interés de los contratantes.<sup>45</sup>

23. Esta materialización de la conexión basada en la voluntad de las partes es la llave que permite abrir la puerta de *lex contractus* a una normativa elaborada al margen de los sistemas estatales. Pero, por sí sola no basta. Para que la *lex mercatoria* pueda considerarse una alternativa válida es necesario que en sus distintas manifestaciones se respeten unos estándares de calidad, en términos de equidad, justicia conmutativa, equilibrio de los intereses en presencia, coherencia y seguridad jurídica comparables a los que ofrece el Derecho estatal. Si se dan estas condiciones resulta muy difícil, a no ser que se recurra a argumentos propios del positivismo jurídico más rancio, justificar que los contratantes pueden desplazar las conexiones previstas por el legislador por cualquier ley estatal o por una combinación de leyes estatales distintas, estén o no conectadas con el contrato y sea cual sea su contenido, y no puedan someterse a

---

<sup>44</sup> Como indica, E. Mostermans “Party Autonomy: Why and When?” en *Forty Years on: The evolution of postwar Private international law in Europe*, Deventer: Kluwer, 1990 pp. 124-126, aunque la justificación de la autonomía de la voluntad suele buscarse dentro del propio conflicto de leyes, son otros motivos vinculados al proceso de materialización que actualmente ha sufrido el Derecho internacional privado los que actualmente explican el reconocimiento de una amplia facultad de elección de ley por las partes.

<sup>45</sup> Para un análisis más detallado de las diferencias entre las normas de conflicto orientadas materialmente y la autonomía de la voluntad vid. Carella *Op cit* pp. 75-86

conjuntos normativos elaborados al margen de los Estados<sup>46</sup> o a las reglas uniformes de un Convenio internacional en supuestos en que no resultan aplicables por tratarse de contratos internacionales ajenos a su ámbito de aplicación material o espacial<sup>47</sup>. En la actualidad existen textos, próximos a los *Restatements* americanos, que no sólo ofrecen a los particulares una enumeración sistemática de reglas, sino que también garantizan el respeto a la ética de los negocios, a la lealtad de las transacciones y al principio de la buena fe en sus distintas derivaciones. Los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales<sup>48</sup> y los Principios del Derecho europeo de los contratos elaborados por la “Comisión Lando”<sup>49</sup> son ejemplos ilustrativos de esta normativa no estatal que, al obligar a las partes a observar en sus mutuas relaciones una justa y equilibrada composición de sus intereses, muestran una clara vocación a sustituir la *lex contractus*,<sup>50</sup>.

b) *Rechazo a la función conflictual de la elección de ley por las partes y configuración como una norma material de Derecho internacional privado*

24. Algunos autores han dado “una vuelta de tuerca” más a la dimensión material de la elección de ley por las partes prevista en el artículo 3 (1) y (2) del Convenio de Roma, llevándola a sus últimas consecuencias. En esencia su razonamiento puede resumirse del siguiente modo. A partir del momento en que los Estados renuncian a la unidad de regulación que proporciona la aplicación de un solo ordenamiento jurídico y permiten que los contratantes alteren o modifiquen dicha unidad en búsqueda de la ley o leyes cuyas disposiciones contractuales mejor se ajusten a sus intereses, resulta difícil continuar atribuyendo a la ley elegida o a la combinación de distintas leyes sucesiva o simultáneamente designadas por las partes, la función de ley rectora del contrato ( fijar los límites al poder de autorregulación y suplir los vacíos de la reglamentación acordada por las partes). ¿Cómo es posible mantener que las partes estén obligadas a respetar las normas imperativas de la ley o leyes total o parcialmente elegidas, a la vez que se les permite sustituirlas por otra u otras leyes distintas? . Si lo que caracteriza a una norma

---

<sup>46</sup> Como señala N. Boschiero , “ Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: Problemi generali” en P. Picone ( a cura di) *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Padova:Cedam, 2004 p. 357, Si se reconoce a las partes la posibilidad de designar un derecho neutral, carente de conexión con el contrato y probablemente mal equipado para resolver las relaciones contractuales, debido a la creciente internacionalización de la vida económica, la globalización de los intercambios de servicios y capitales y la cada vez más intensa circulación de mercancías y personas; debe , por coherencia, admitirse que las partes puedan someterse a normas transnacionales o a-nacionales respecto de las cuales la existencia de un vínculo territorial no es ni siquiera exigible.

<sup>47</sup> Vid *supra* punto 17

<sup>48</sup> La primera versión de los Principios del Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales se publicó en 1994 y estaba integrada por un Preámbulo y siete capítulos (Disposiciones generales, formación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento) Esta versión ha sido ampliada y adaptada a las exigencias del comercio electrónico dando lugar a un nuevo texto adoptado por unanimidad por la Dirección del Unidroit en el 2004. En esta última versión se ha ampliado el Preámbulo y se han añadido nuevos capítulos sobre: poder de representación, derechos de terceros, compensación, cesión de créditos, cesión de deudas, cesión de contratos y plazos de prescripción.

<sup>49</sup> O. Lando, E.Clive.(et al.) *Principles of European Contract Law, Part. I, II, III*, Dordrecht: Kluwer Law International, 2000-2003

<sup>50</sup> Este mismo razonamiento es el que utilice en otro trabajo, ante la posibilidad de que las partes elijan un instrumento contractual optativo elaborado en el marco de la Unión Europea al margen de los cauces de producción jurídica estatales o comunitarios. Nuria Bouza Vidal “La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea (Consideraciones sobre el Plan de Acción de la Comisión de febrero de 2003)”, *Pace Artis. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos* T.II. Madrid\_Eurolex, 2005 ( en prensa).

imperativa es que no puede ser derogada por voluntad de las partes, resulta difícil sostener que, en los contratos internacionales, las normas imperativas de la *lex contractus* conservan este carácter a pesar de poder ser excluidas por voluntad de las partes mediante la elección de una ley distinta y más permisiva. Una vez la ley elegida ha sido despojada, por este motivo, de su autoridad de ley rectora del contrato, y por consiguiente, de su capacidad para fijar los límites al poder autorregulador de los contratantes, la única función que puede desempeñar es la de completar o interpretar las cláusulas y pactos que las partes hayan estipulado. Desaparece, con ello, todo vestigio conflictualista o localizador en la elección de ley por las partes, ¿De qué sirve adscribir el contrato al ámbito de aplicación espacial de un determinado ordenamiento jurídico, si éste ya no puede ejercer su función rectora y de control de la libertad contractual en las relaciones internacionales? y sólo se mantiene su significado de autonomía material o poder autorregulador de los contratantes.

Desde esta óptica, ya no es posible continuar considerando a la elección de ley que el artículo 3 del Convenio de Roma reconoce a los particulares, como el punto de conexión de una norma de conflicto *sui generis*, a medio camino entre una norma localizadora y una fuente de regulación material, como sostiene la mayoría de la doctrina contemporánea a la que se ha hecho referencia con anterioridad<sup>51</sup>.

De todas las técnicas de reglamentación utilizadas por el Derecho internacional privado, la que mejor se ajusta a la libertad que el artículo 3 del Convenio de Roma reconoce a los particulares para seleccionar, combinar e incorporar al contrato disposiciones procedentes de distintas leyes estatales con independencia de la naturaleza dispositiva o imperativa que tengan en el ordenamiento del que proceden, es la de las normas materiales de Derecho internacional privado<sup>52</sup>. Efectivamente, si lo que caracteriza a las normas materiales de Derecho internacional privado es proporcionar una regulación directa, propia y específica para los supuestos internacionales, distinta de la prevista para las relaciones internas y más ajustada a las necesidades del comercio internacional, no cabe duda que la interpretación del artículo 3 del Convenio de Roma como una norma que atribuye a los contratantes un poder de autorregulación mucho más amplio del que gozan en los contratos puramente internos, encaja perfectamente en este tipo de normas<sup>53</sup>. Cuestión distinta es la valoración que merece esta construcción doctrinal al forzar en exceso el texto del Convenio de Roma y al atribuirle al “fraccionamiento voluntario” un alcance que no se corresponde ni con el significado mayoritariamente aceptado<sup>54</sup>, ni con los datos que se desprenden de la

---

<sup>51</sup> Vid *supra* puntos 20 y 22

<sup>52</sup> Esta tesis ha sido defendida con profusión de argumentos por G. Carella *Ob cit* pp. 19-31 y 222-231

<sup>53</sup> E. Loquin/L.Ravillon *Ob cit*. p. 100-101 establecen un paralelismo funcional entre el mecanismo de “depeçage” y el método de las normas materiales de Derecho internacional privado, en particular las formuladas por la jurisprudencia francesa para las relaciones internacionales con el objeto de impedir la nulidad de cláusulas contractuales prohibidas en la *lex contractus* pero consideradas adecuadas para satisfacer las necesidades del comercio internacional. *Cass. Civ.*, 21 junio 1950 As. “Messageries maritimes”: validez de la cláusula oro prohibida en el Derecho interno; *Cass. Civ.*, 2 mayo 1966 As. “Trésor public c. Galakis”: no aplicación de la prohibición de que las personas jurídicas de derecho público se sometan a arbitraje; y *Cass. Civ.* 20 diciembre 1993 As “Dalico”: existencia y validez del convenio arbitral con independencia de la *lex causae*.

<sup>54</sup> La ruptura con la idea clásica de localización, entendida como adscripción de las relaciones privadas internacionales a un determinado ordenamiento, inclina a una cierta moderación en la aceptación del “fraccionamiento voluntario” de la ley aplicable. Esta actitud prudente es la seguida por una parte significativa de la doctrina al condicionar su aceptación al mantenimiento de la coherencia interna del contrato ( M. Virgós, “Las obligaciones contractuales” en J.D. González Campos y otros *Derecho internacional privado. Parte especial*. Madrid: Eurolex, 1995 pp. 151-152) o limitando su aplicación a los contratos integrados por partes o segmentos objetivamente separables ( P. Mayer, *Droit international*

práctica, donde rara vez los particulares hacen uso de las oportunidades que les brinda el *depeçage*

c) *Consecuencias derivadas de ambas interpretaciones*

25 . Desde la perspectiva de las relaciones entre el artículo 3 del Convenio de Roma y la *lex mercatoria*, que es la que interesa desarrollar en el presente apartado, las distintas interpretaciones a las que se ha hecho referencia se apartan de la concepción más generalizada, según la cual, la elección por las partes de una normativa no estatal carece de valor conflictual y solo puede ser considerada una incorporación de su contenido material dentro de los límites establecidos por las disposiciones imperativas de la *lex contractus*. Esto no significa que el trato que recibe la *lex mercatoria* sea el mismo en ambas corrientes heurísticas. A efectos de simplificar la exposición utilizaremos los términos “conflictualismo moderado” y “sustantivismo” para referirnos, respectivamente, al encuadramiento, por parte de los primeros, de la elección de ley dentro del marco de una norma de conflicto *sui generis* y a las tesis defendidas por los segundos, de que la elección de ley constituye la manifestación de una autonomía material o poder autorregulador más amplio en el ámbito de los contratos internacionales que en el ámbito de los contratos internos. Finalmente, cabe señalar que esta última interpretación, no debe confundirse con las posiciones defendidas por los “sustantivistas puros” de finales del S.XIX<sup>55</sup>, ya que en ningún momento se defiende la idea de que la voluntad de las partes esté por encima de la autoridad de la ley. Una cosa es defender el “contrato sin ley”, y otra distinta, sostener que el contrato deja de estar sujeto a la “*lex contractus*”<sup>56</sup>.

Ante la cuestión de si las partes pueden elegir una normativa no estatal como ley rectora del contrato, los “conflictualistas moderados” se enfrentan con la dificultad que el Convenio de Roma no admite esta posibilidad<sup>57</sup>. Sólo la intervención del legislador, habilitando expresamente a los contratantes a elegir la *lex mercatoria* o alguno de sus

---

*privé* Paris: Montchrestien, 2001 p. 482-483.) Resulta ilustrativa la crítica de este último autor a la posibilidad de someter a leyes distintas cuestiones jurídicas (*issues*) que normalmente forman parte de un todo, ya que, en su opinión, al desvincularlas del ordenamiento jurídico al que pertenecen pierden su carácter de “ley” para pasar a convertirse en disposiciones incorporadas al contrato. Pero, aun compartiendo esta actitud restrictiva y prudente no deja de resultar ilustrativo que en la Resolución del Instituto de Derecho internacional sobre “La autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales entre personas privadas”, precedida por un Informe de E. Jayme, *Annuaire de L’Institut de Droit international*. Session de Bâle, Vol. 64-I, 1991. pp.62-76, no se sintiera la necesidad de clarificar el alcance del “fraccionamiento voluntario”. Dicha Resolución del IDI reconoce al igual que el Convenio de Roma, la facultad de las partes a elegir la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato, sin añadir ninguna precisión o matización al respecto (art. 6); la posibilidad de efectuar esta elección con posterioridad a la conclusión del contrato y dotarla de un efecto retroactivo siempre que no se afecten a los derechos adquiridos por terceros (art. 5); y la validez de las “cláusulas de estabilización” (su finalidad es evitar que las partes queden vinculadas por las modificaciones legislativas que sufra la ley elegida en el país al que pertenece con posterioridad a su elección) aunque, se puntualiza que con dichas cláusulas materiales lo único que se logra es incorporar al contrato las reglas en vigor en el momento fijado por las partes (art. 7).

<sup>55</sup> Vid *supra* punto 10

<sup>56</sup> Como señala G. Carella *Op. Cit.* pp. 137 y 142 sus tesis no comportan un contrato sin ley sino un contrato sin *lex contractus*, en tanto que el reconocimiento de una amplia libertad contractual de las partes a nivel internacional se fundamenta en una norma material de Derecho internacional privado (art. 3 del Convenio de Roma) limitada por la excepción de orden público y las normas de aplicación necesaria.

<sup>57</sup> Son muy pocos los autores que se apartan de esta interpretación. Dutoit, B., “The Rome Convention on the Choice of Law for the Contracts” en B. Von Hoffmann (edit) *European Private International law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1988, pp. 44

elementos más evolucionados, en la línea seguida por la Convención interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994 (artículos 9.2 y 10) o en las modernas leyes estatales sobre arbitraje, entre ellas la Ley española de 23 de diciembre de 2003 (artículo 34)<sup>58</sup>, permitiría superar este obstáculo. Esta dificultad no existe para los “sustantivistas”. Al obviar el paso por la norma de conflicto y contractualizar la ley elegida por las partes, resulta del todo indiferente que dicha ley tenga o no su origen en las fuentes de producción jurídica de un Estado<sup>59</sup>

Un segundo aspecto que separa a los conflictualistas moderados de los sustantivistas, es la necesidad que sienten los primeros de que la *lex mercatoria*, evolucione de tal modo que sea capaz de ofrecer un marco regulador de los contratos internacionales de calidad análoga al derecho interno<sup>60</sup>. Esta exigencia desaparece para los “subjetivistas”, en la medida en que el ejercicio de la autonomía contractual o poder autorregulador de las partes deja de estar sujeto a los límites imperativos previstos en la *lex contractus* para quedar sometido únicamente al control de la *lex fori* a través de la excepción de orden público y de las normas internacionalmente imperativas.

Un tercer factor a tener en cuenta, es el carácter incompleto y a menudo impreciso de la *lex mercatoria*. Incluso admitiendo la importante aportación a su desarrollo que han supuesto los Principios del Unidroit, no cabe deducir de los mismos la existencia de un derecho transnacional general de las obligaciones completo y concebido para ser aplicado al margen de los Estados. Ante las lagunas de reglamentación que presenta la *lex mercatoria*, incluidos los Principios generales de los contratos internacionales<sup>61</sup>, tanto “conflictualistas moderados” como “subjetivistas” se enfrentan al mismo problema. Para los primeros, la normativa no estatal elegida no puede cumplir la función supletoria de los vacíos en el contenido negocial establecido por las partes que le corresponde realizar a la ley rectora del contrato (*lex contractus*) al carece de la “plenitud” y capacidad de autointegración que caracteriza a los sistemas jurídicos estatales. Para los segundos, la normativa no estatal incorporada al contrato es insuficiente por sí sola para completar y colmar los aspectos no previstos o no expresamente regulados por las partes. Ante esta realidad, tanto unos como otros, se ven

---

<sup>58</sup> La Ley 60/2003 de 23 de diciembre habilita, al igual que hacen otras muchas leyes de arbitrajes inspiradas en la Ley modelo de la Uncitral de 1985, a que las partes, y en su defecto el arbitro elijan como ley aplicable al fondo de la controversia no solo leyes estatales sino también “reglas” de origen privado. Concretamente en el caso español, la Exposición de motivos indica expresamente que la expresión “normas jurídicas” utilizada en el artículo 34 en vez de “derecho aplicable” responde a que “esta última parece englobar la existencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional”.

<sup>59</sup> G. Carella, *Ob cit* pp. 119 y 120. “Una vez demostrado que la elección de ley constituye en realidad la manifestación de la autonomía negocial a nivel internacional, aunque eventualmente a través de la recepción de una ley estatal, nada impide admitir que los contratantes puedan utilizar como contenido las disposiciones convencionales, usos del comercio, normas del ordenamiento internacional, principios generales y todo aquello que pueda reconducirse al ejercicio de la autonomía negocial. El recurso difuso en la práctica a la *lex mercatoria*, se justifica, de este modo, sin necesidad de configurar un improbable ordenamiento de los comerciantes, paradójica transformación en una forma de heteronimia, de la manifestación de autonomía más significativa en el mundo jurídico. Así mismo, la eventual utilidad de los principios y normas del ordenamiento internacional,—en el supuesto que sea útil o realmente posible—, puede aceptarse sin necesidad de admitir la adscripción del contrato al ordenamiento internacional ni la remisión internacionalprivatista a dicho ordenamiento”.

<sup>60</sup> Vid. *supra* punto 23

<sup>61</sup> La generalidad y abstracción de los principios de buena fe y lealtad negocial, *pacta sunt servanda*, obligación de minimizar el daño, enriquecimiento sin causa, *exceptio inadimplenti contractatus* etc. no siempre proporcionan una respuesta a las cuestiones no reguladas por partes.

obligados a acudir para resolver las cuestiones contractuales no reguladas por la normativa no estatal elegida, a las disposiciones de la ley objetivamente aplicable (= ley estatal que hubiera resultado aplicable en defecto de dicha elección). Este resultado pone de manifiesto la imposibilidad de prescindir completamente de la ley estatal cuando las partes eligen una normativa no estatal, aunque su aplicación revista un carácter supletorio y residual <sup>62</sup>

Ambas interpretaciones suscitan una reflexión final acerca del control que el Estado puede ejercer a través de sus disposiciones imperativas y cláusulas de orden público sobre la libertad contractual de que gozan los particulares para regular sus mutuas relaciones. De las construcciones examinadas se desprende un desplazamiento de los límites a la libertad contractual impuestos por la ley que rige el contrato hacia los de la ley del foro. En los “conflictualistas moderados” este desplazamiento obedece a la pérdida de autoridad que sufre la *lex contractus* a consecuencia de la amplia libertad de los contratantes para sustraerse (al menos teóricamente) de su ámbito de aplicación y someterse a una nueva ley o a una combinación de leyes distintas menos rigurosas y más ajustadas a sus intereses. En el caso de los “sustantivistas”, este desplazamiento es más radical al negar el carácter de ley rectora del contrato a la ley elegida. Su contractualización despoja a la ley elegida de toda autoridad. Ninguna de sus disposiciones puede invalidar las cláusulas, pactos y demás estipulaciones que hayan acordado los contratantes, con independencia del carácter dispositivo o imperativo que tengan en el ordenamiento jurídico del que proceden.

Por consiguiente, lo que resulta más relevante de estas posiciones doctrinales es la importancia que adquiere el Estado del foro. Pero, entiéndase bien, no se trata únicamente de la competencia del Estado del foro o, incluso, de un tercer Estado, para tutelar los intereses generales y las políticas socioeconómicas susceptibles de verse afectadas por el contrato o alguna de sus cláusulas mediante la técnica unilateral de las normas internacionalmente imperativas o leyes de policía a las que se refiere artículo 7 del Convenio de Roma, aspecto que nadie discute, sea cual sea el significado que se atribuya a la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado. Si no de las consecuencias que se derivan de haber concentrado en la ley del foro el control, a través de la excepción de orden público internacional (artículo 16 del Convenio de Roma), de la validez del consentimiento o del contenido y efectos del contrato; ya que sólo en supuestos extremos en que se hayan infringido los principios básicos de voluntariedad, libertad y espontaneidad del consentimiento o se haya producido un desequilibrio grave e injustificado en la composición de los intereses de las partes<sup>63</sup>, será posible declarar nulo o ineficaz el contrato o alguna de sus cláusulas. El protagonismo que adquiere la ley del foro, en detrimento de la *lex contractus*, para controlar la posición de las partes en un contrato internacional y las relaciones internas que se crean entre ellas, invita a la reflexión, dada la libertad de que gozan los contratantes para elegir el tribunal competente o, incluso, sustraerse de la competencia de cualquier tribunal estatal, sometiendo sus controversias al arbitraje. .

---

<sup>62</sup> J.C. Fernández Rozas *Op cit* en nota (30) p. 95 : “En consecuencia, la delimitación entre autonomía material o conflictual debe ser superada, admitiendo la posibilidad de que las partes designen como *lex contractus* un ordenamiento no estatal, sin perjuicio de que quepa una designación, subjetiva u objetiva, de un Derecho estatal como sistema residual de cierre o de coberturas de las lagunas de reglamentación no estatal”.

<sup>63</sup> Vid. *supra* puntos 5 y 6

## 2. Autonomía de la voluntad y “competencia entre ordenamientos”.

26. Mientras que en Europa, el Convenio de Roma ha propiciado una lectura “privatista” de la autonomía de la voluntad, en la que se destacan los beneficios que se derivan de su amplia aceptación para los contratantes y para el desarrollo de las transacciones internacionales, como se ha tenido ocasión de comprobar. En los Estados Unidos se ha abierto un debate en torno a su dimensión política y eficiencia económica<sup>64</sup>. La autonomía de la voluntad es vista como un mecanismo propulsor de la “competencia legislativa” entre los Estados y como un factor de disuasión de comportamientos oportunistas por parte de los legisladores, consistentes en hacer recaer en la población de otros Estados el coste de su legislación interna (*spillovers*)<sup>65</sup>. Para comprender mejor esta aproximación “publicista” a la autonomía de la voluntad es necesario referirse, previamente, a la actitud tradicionalmente más prudente y restrictiva de la libertad de elección de ley por las partes en los EEUU frente al carácter abierto y liberal del artículo 3 del Convenio de Roma

### A) *Los límites tradicionales a la elección de ley en los Estados Unidos*

27. El federalismo americano se ha mostrado más respetuoso de la competencia de los Estados miembros en materia de Derecho internacional privado que la Unión Europea ( artículo 65 del texto actual del CE y artículo III-269 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), dando lugar a un modelo descentralizado en el que cada Estado puede establecer su propio sistema conflictual, con los únicos límites constitucionales derivados de las cláusulas *Due process* (jurisdicción de un Estado sobre situaciones escasamente vinculadas a su territorio) *Full Faith and Credit* (reconocimiento de los actos públicos de un Estado en el territorio de los demás Estados, incluidas las decisiones judiciales en materias de Derecho privado)<sup>66</sup> y *Commerce clause* (libertad de intercambios<sup>67</sup>)

28. En la práctica, y en lo que se refiere concretamente, a la autonomía de la voluntad en materia de contratos, la mayoría de los tribunales ( tanto federales como estatales) aplican los criterios de la § 187 del *Restatement (Second) of Conflict of Law* (1971 modif.1989), superándose, de este modo, el divorcio entre la jurisprudencia tradicionalmente favorable al reconocimiento de las cláusulas de elección de ley y la hostilidad de la doctrina, representada por J.Beale y recogida en el *Restatement(First)* (1934), basada en la territorialidad de las leyes (cada Estado sólo puede regular a las personas, bienes y acontecimientos que se encuentren o sucedan dentro de sus fronteras) y en el respeto a los derechos adquiridos (los derechos se establecen de acuerdo con la ley del lugar donde se ha producido el último acto o evento necesario para su creación). Este escenario se ha visto recientemente alterado con la aprobación y recomendación para su promulgación en los Estados, de dos textos legislativos elaborados por la

---

<sup>64</sup> H. Muir Watt, “L’Expérience américaine” en A.Fuchs, H.Muir Watt, E, Pataut *Les conflicts de lois et le système juridique communautaire*, Paris. Dalloz, p.155

<sup>65</sup> Para un análisis de la *regulatory competition*, que de forma aproximada suele traducirse con la expresión “competencia entre leyes o legislaciones”, desde la perspectiva del Derecho internacional privado vid. G. Garcimartin “Regulatory Competition: A Private International Law Approach” *European Journal of Law and Economics*, 1999 pp. 251-270

<sup>66</sup> Para una análisis de las decisiones del Tribunal Supremo en aplicación de estas cláusulas vid. E.F.Scoles/P.Hay *Conflicts of Laws*, St. Paul Minnesota: West Publishing, 2000 pp. 79 –104,

<sup>67</sup> Que permaneció “dormida” hasta 1959 en que fué aplicada por el Tribunal Supremo en el As. “Bibb v. Naranjo Freight Lines Inc.” 359 U.S. 520,530 (1959)

*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* y el *American Law Institut* Se trata de la *Uniform Computer Information and Transaction Act* (UCITA-2002) y de la reforma del *Uniform Commercial Code* (UCC-2002). Estos textos contienen sendas normas sobre la elección de la ley aplicable a los contratos que se apartan de los criterios ampliamente aceptados del §187 *Restatement (Second)*. El interés de estas disposiciones, desde el punto de vista europeo, reside en que se acercan al régimen previsto en el Convenio de Roma, en especial la nueva § 1-301 del UCC, y que han propiciado una reflexión sobre sus repercusiones políticas y económicas en unos términos poco frecuentes en Europa.

29. El régimen de la elección de ley por las partes previsto en la §187 *Restatement (Second)* puede resumirse del siguiente modo: Esta disposición regula tanto los contratos entre profesionales (redactados unilateralmente o de adhesión) como los contratos con consumidores. Distingue entre derecho contractual dispositivo e imperativo. En las cuestiones (*issues*) reguladas por normas dispositivas las partes puede elegir (sin límites) la ley aplicable. Esta elección, sin embargo, no tiene un valor conflictual; sino que se trata de una mera incorporación por referencia<sup>68</sup>. Cuando la cuestión que las partes desean someter a una ley extranjera es objeto de normas imperativas, la elección es limitada. Por un lado se exige que exista, o bien una “relación sustantiva” entre la ley elegida con las partes o la transacción, o bien una “base razonable” para la elección (p.e. que las partes deseen elegir una ley que les sea más familiar o más desarrollada que la ley que resultaría aplicable en defecto de elección). Por el otro, es necesario que la ley elegida no sea contraria a la “fundamental policy” del Estado que tenga un “interés material” en regular una determinada cuestión mayor del que pueda tener el Estado elegido<sup>69</sup>. Por Estado con un “mayor interés material” se entiende aquel cuya ley resultaría aplicable en defecto de elección según la §188 *Restatement (Second)*

El análisis de la jurisprudencia muestra una elevada aceptación de las cláusulas de elección de ley<sup>70</sup>. En los escasos supuestos en que dicha elección es rechazada, los motivos obedecen más a la contrariedad de la ley elegida con la “fundamental policy” del Estado cuya ley resultaría aplicable en defecto de elección, que a motivos derivados de la falta de “vinculación sustantiva” del contrato o de las partes con la ley elegida<sup>71</sup>. En la práctica raramente se consideran contrarios a la “fundamental policy”, los “statute of fraud” (obligación de que ciertos contratos se redacten por escrito y se firmen por las partes), las normas generales del derecho de los contratos o la ausencia de causa (“consideration”: cada parte debe obtener algo en contrapartida de lo que promete a la

---

<sup>68</sup> Según el propio comentario que acompaña al texto de §187 (1) *Restatement (Second)*.

<sup>69</sup> Algunos Estados han suprimido esta exigencia en contratos de elevado valor económico. L. E. Ribstein *Op. Cit* p. 383 menciona California, Delaware, Florida, Illinois Nueva York y Texas

<sup>70</sup> De una base de datos de 697 casos que contienen cláusulas de elección de ley, 590 (80%) han sido reconocidas por los tribunales, Vid. L.E.Ribstein “From efficiency to politics in contractual choice of law” *Georgia Law Review* 2003 p.375.

<sup>71</sup> Respecto al requisito de la vinculación de la ley elegida con las partes o con la transacción, las situaciones más controvertidas son aquellas en que el único contacto con el Estado cuya ley ha sido elegida es la “incorporación” en el mismo de una de las partes contratantes; ya que con frecuencia los tribunales consideran que se trata de un vínculo no relevante a efectos de elección de ley. Suele citarse el caso “Curtis 1000 Inc.v.Suess”*24 F 3d.941* (7th.Cir.1994) en que un empresario celebró un acuerdo de no competencia con su empleado. En el contrato se eligió la ley de Delaware, donde la empresa estaba incorporada, pero el Juez Posner no aceptó dicha elección dado que el único vínculo con Delaware era la incorporación del empresario. No obstante en otros casos posteriores si se admitió la elección de la ley de la incorporación (“Valley Juice Ltd.Inc v. Evian Waters of France Inc. (1996) “Schroeder v. Rynel Ltd” (1998) entre otros)

otra parte). Un ejemplo claro de contrariedad con la “fundamental policy” son los contratos cuyo objeto es ilícito ( p.e. cuando la ley no elegida pero objetivamente aplicable prohíbe la venta de embriones u otras partes del cuerpo humano). En términos generales, cuando más intervenido sea un contrato (contrato celebrado con consumidores, contrato de trabajo, contrato de franquicia) mayores son las posibilidades de que la ley elegida se excluya a favor de la ley objetivamente aplicable.

La conclusión que se desprende de esta jurisprudencia es la existencia de vasos comunicantes entre ambos motivos de no reconocimiento. Cuanto menor es la vinculación con la ley elegida, mayor es la intervención de la “fundamental policy” de la ley objetivamente aplicable y viceversa; de tal modo que en contratos con conexiones muy dispersas (fuertemente internacionalizados o “interterritorializados”) la cláusula de elección de ley resulta generalmente aceptada. Esta relación aparece con claridad en la jurisprudencia referente a los casos típicos en los que se debate la validez de las tasas de interés permitidas en la ley elegida pero prohibidas en la ley objetivamente aplicable (“usury cases”). En estos supuestos la tendencia de la jurisprudencia es considerar que no resultan aplicables las normas imperativas de la ley objetivamente aplicable, siempre que exista una “conexión razonable” con el Estado cuya ley ha sido elegida por las partes.<sup>72</sup> Este criterio recuerda al utilizado por la jurisprudencia alemana, suiza y austriaca, para modular la intervención de la excepción de orden público en función del grado de proximidad de la situación con el foro (*Inlandsbeziehung*)

Por último, si se compara la § 187 del *Restatement (Second)* con el artículo 3 del Convenio de Roma, llama la atención, —a parte de su aplicación tanto a los contratos entre profesionales como con consumidores— la exigencia de vínculos entre la ley elegida y las partes o la transacción y la inclusión dentro de la cláusula “fundamental policy” tanto de la clásica excepción de orden público como de las normas internacionalmente imperativas o leyes de policía. Pero nótese que los límites a la elección de ley, derivados de estas disposiciones imperativas, no son los de la *lex fori*, sino los de la ley que resultaría aplicable en defecto de elección (aunque en la práctica suelen coincidir, ya que para determinar la ley objetivamente aplicable (“most significant relationship”) la §188 nos remite al conjunto de factores o principios previstos en la §6 del *Restatement (Second)*<sup>73</sup>:

---

<sup>72</sup> Para un análisis de la jurisprudencia en aplicación del §187(2) *Restatement (Second)* vid. J. Woodward “Contractual choice of law: legislative choice in an era of party autonomy” *Southern Methodist University*, 2001 pp. 715-728

<sup>73</sup> §188 *Restatement (Second): Law Governing in Absence of Effective Choice by the Parties*

“(1) The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in s. 6

(2) In the absence of an effective choice of law by the parties (see s 187), the contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include:

- (a) the place of contracting,
- (b) the place of negotiation of the contract,
- (c) the place of performance,
- (d) the location of the subject matter of the contract, and
- (e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties.

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.

(3) If the place of negotiating the contract and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in ss 189-199 and 203.

§ 6 *Restatement (Second): Choice of Law Principles*

“(1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.

30. La relativa uniformidad lograda bajo la autoridad del *Restatement (Second)* se verá afectada a medida que los Estados adopten la nueva versión del UCC (2002) . A diferencia de la §187 *Restatement (Second)* y de la anterior redacción de la UCC (§1.105 del UCC-1995), la actual versión de la §1-301 del UCC-2002 deja de exigir la vinculación de la ley elegida con las partes o la transacción. Esta disposición resulta aplicable a los contratos entre profesionales contemplados en el UCC, salvo que se trate de contratos que , en otras secciones del UCC, sean objeto de normas de conflicto específicas . La misma libertad de elección ilimitada se recoge en el §109 de la UNCITA (2002) <sup>74</sup>.

Otro aspectos que interesa destacar de esta nueva regulación de las cláusulas de elección de ley, es el tratamiento diferenciado de que son objeto los contratos celebrados con consumidores y la utilización de criterios de conexión próximos a los del artículo 5 del Convenio de Roma. Ante la §1-301 (2) <sup>75</sup>, cabe reiterar las mismas dudas expresadas anteriormente, respecto a la posibilidad de atribuir un significado conflictual a una elección de ley condicionada al respeto a las normas imperativas protectoras del consumidor de la ley objetivamente aplicable <sup>76</sup> .

También resulta de interés desde la perspectiva europea, la distinción que en la §1-301 del UCC se hace entre transacciones “domésticas” y transacciones “internacionales”. Bajo el concepto de transacciones “domésticas” se incluyen tanto las puramente internas como las interestatales, siempre que carezcan de vínculos con un país extranjero. Respecto a las puramente internas no se establece ninguna limitación específica a la elección de ley por las partes, a diferencia de lo previsto en el artículo 3.3 del Convenio de Roma. Las transacciones internacionales, son aquellas que presentan un vínculo “razonable” con un país distinto de los Estados Unidos. La diferencia fundamental entre las transacciones domésticas (estatales y interestatales) y internacionales (vinculadas a un país extranjero), por la que respecta a la elección de ley por partes, es que , si bien , en ambos supuestos es posible elegir una ley no vinculada

- 
- (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include
- (a) the needs of the interstate and international systems,
  - (b) the relevant policies of the forum, of those states in the determination of the particular issue,
  - (d) the protection of justified expectations,
  - (e) the basic policies underlying the particular field of law,
  - (f) certainty, predictability and uniformity of result, and
  - (g) ease in the determination and application of the law to be applied”

<sup>74</sup> En el comentario que acompaña al §109 de la *Uniform Computer Information and Transaction Act* (UCITA-2002) se justifica el abandono de la tradicional exigencia de vinculación con la ley elegida por las partes en el hecho de que “ en una economía de la información global las limitaciones de este tipo son inapropiadas , especialmente en el ciberespacio donde las localizaciones físicas resultan irrelevantes o inoperantes”.

<sup>75</sup> §1-301 (e) de la *UCC (2002)*

“e) If one of the parties to a transaction is a consumer, the following rules apply:

(1) An agreement referred to in subsection (c) is not effective unless the transaction bears a reasonable relation to the State or country designated.

(2) Application of the law of the State or country determined pursuant to subsection (c) or (d) may not deprive the consumer of the protection of any rule of law governing a matter within the scope of this section, which both is protective of consumers and may not be varied by agreement

(A) of the State or country in which the consumer principally resides, unless subparagraph (B) applies; or

(B) if the transaction is a sale of goods, of the State or country in which the consumer both makes the contract and takes delivery of those goods, if such State or country is not the State or country in which the consumer principally resides

(C) §109 de la *Uniform Computer Information*

<sup>76</sup> Vi d *supra* punto 13

con la transacción , en el caso de las transacciones domésticas dicha ley nunca puede ser la de un país distinto a los Estados Unidos.

Finalmente, cabe señalar el mantenimiento, en las nuevas disposiciones, de la tradicional excepción a la ley designada, basada en la “fundamental policy” del Estado cuya ley resulta aplicable en defecto de elección (§1-301 (f) UCC)<sup>77</sup>. Esta continuidad con el derecho anterior requiere dos precisiones. Uno, que la UCC carece de normas de conflicto aplicables a los contratos que caen bajo su ámbito de aplicación, en aquellos supuestos en que las partes no han elegido la ley aplicable; de tal modo que deberá estarse a las normas de conflicto del foro, tal como indica expresamente la §1-301 (d) del UCC). Otro, que al desaparecer la necesaria vinculación de la transacción o las partes con la ley elegida, ya no será posible modular la intervención de la “fundamental policy”, comparando el grado de vinculación de la transacción o las partes con la ley elegida y con la ley aplicable , en defecto de elección, al que se ha hecho referencia en el punto anterior.

La diversidad que pueden generar estos cambios en el tratamiento de las cláusulas de elección de ley; dada la posibilidad de que no todos los Estados lleguen a adoptar la nueva versión del UCC (2002) <sup>78</sup> , frente a la uniformidad lograda gracias a la amplia aceptación jurisprudencial de la norma sobre elección del ley prevista en la § 187 del *Restatement (Second)*, ha sido valorada negativamente por un sector de la doctrina americana tanto desde un punto de vista político como de su eficiencia económica

#### B) *La dimensión política y económica de la elección de ley*

31. La idea de que la diversidad normativa resulta beneficiosa para los intercambios transfronterizos, en la medida en que ofrece una diversidad de opciones para los operadores e incentiva la competencia entre los sistemas jurídicos<sup>79</sup>, es consubstancial al modelo federal americano. En este sistema de gobierno cada Estado es libre, dentro de los límites que marca la Constitución, para ofrecer a sus residentes un marco jurídico atractivo y diferenciado del que ofrecen los otros Estados .Ahora bien, para que esta diversidad redunde en un mayor bienestar para el conjunto de los ciudadanos es necesario que estos puedan elegir libremente las leyes a las cuales desean someterse. Para ello existen tres vías posibles: la acción política (votando a aquellas opciones que mejor representen sus intereses o aspiraciones) ; la movilidad ( cambiando de residencia o , en el caso de sociedades, incorporándose al Estado cuyas leyes consideren más favorables) y; la elección de la ley aplicable a sus transacciones sin necesidad de desplazamiento físico o deslocalización ( rechazando la ley objetivamente

---

<sup>77</sup> A pesar de que en la §1-109 de la UNCITA no se hace ninguna referencia expresa a la “fundamental policy” del Estado cuya ley resulta aplicable en defecto de elección, , en los comentarios que acompañan a esta disposición se indica que el acuerdo de elección de ley esta sujeto a los límites de la moral y el orden público del foro según se desprende de la § 105 (b) : “If a term of a contract violates a fundamental public policy, the court may refuse to enforce the contract, enforce the remainder of the contract without the impermissible term, or limit the application of the impermissible term so as to avoid a result contrary to public policy, in each case to the extent that the interest in enforcement is clearly outweighed by a public policy against enforcement of the term”.

<sup>78</sup> En el *Memorandum* de la Comisión sobre la revisión del UCC de 10 febrero 2004 se indica que los Estados que han adoptada la versión revisada del artículo 1 del UCC (2002) son Texas y Virginia y que esta pendiente de adopción en otros cuatro Estados : Idaho, West Virginia, Hawaii i Massachusetts. Ahora bien Texas ni Virginia mantienen por lo que respecta a la § 1-305 el texto anterior contenido en la § 1-105 (UCC-1995) y lo mismo se proponen hacer Idaho y West Virginia. Así pues , de momento, solo Hawaii y Massachussets están dispuestos a adoptar la nueva regulación de la elección de ley prevista en § 1-301 del UCC (2002) ( <http://uccarticle1/ucc1M0210004.doc>)

<sup>79</sup> Esta idea ha sido ampliamente desarrollada por Fc. J. Garcimartin *Op cit* en nota (17) pp. 107-117

aplicable y optando por la ley de otro Estado) . Esta última posibilidad, que no excluye las otras dos, presenta algunas ventajas en el ámbito de los contratos, que es el único que interesa desarrollar en el presente estudio, pero también tiene sus límites a la hora de desencadenar un proceso competitivo entre los “modelos contractuales” que ofrece cada Estado y, con ello, una mayor disciplina o contención del legislador a la hora de establecer las disposiciones imperativas reguladoras de los distintos tipos de contratos.

Esta aproximación a la autonomía de la voluntad, viene precedida por una concepción economicista del proceso legislativo tendente a explicar los motivos que, a menudo, conducen a los legisladores a adoptar leyes ineficientes (teoría de la “public choice”) y que de forma simplificada, a pesar de su complejidad, puede resumirse del siguiente modo: Los legisladores suelen ser “captados” por “grupos de interés” que contribuyen a sus campañas, sintiéndose inclinados, por este motivo, a dictar leyes que les favorecen (les transfieren bienes) a expensas de otros grupos menos influyentes. El poder de estos *lobbies* radica en su habilidad para organizarse y obtener votos u otros recursos políticos de forma barata y eficaz. Con frecuencia se trata de grupos pequeños pero muy homogéneos y cohesionados capaces de evitar deserciones en su seno. Por esta razón las leyes no siempre responden a los intereses de la mayoría de los votantes<sup>80</sup>.

En un marco federal (al igual que sucede en la Unión Europea) las transacciones transfronterizas entre personas residentes en distintos Estados son muy frecuentes, de tal modo que los grupos que se ven obligados a soportar los costes de las leyes ineficientes, no son solo aquellos que, dentro del Estado, tienen una menor capacidad de organización e influencia política, sino también los grupos que residen fuera del Estado en cuestión. En este escenario, la elección de ley por las partes ofrece a los grupos que deben soportar los costes de una normativa contractual imperativa adversa, la oportunidad de incluir en sus contratos una cláusula de elección de ley a favor de una normativa más equilibrada y ajustada a los intereses de ambas partes contratantes. P.e. En el contrato de franquicia algunas leyes estatales restringen excesivamente el derecho de los franquiciadores a poner fin al contrato, incluso en aquellos casos en que su marca comercial sufre una pérdida de valor por culpa del franquiciado. En la medida que este tipo de contratos suelen ser redactados por los franquiciadores, cabe la posibilidad de que mediante una cláusula de elección de ley eviten los costes que estas leyes les imponen. Ahora bien, la eficacia de esta estrategia depende de que los tribunales llamados a conocer de una controversia por ruptura anticipada del contrato de franquicia, reconozcan la validez de dicha cláusula<sup>81</sup>.

32. La interpretación de las cláusulas de elección de ley como un mecanismo susceptible de evitar la aplicación de leyes ineficientes, es el resultado de la proyección del modelo normativo que rige el Derecho de sociedades al ámbito de los contratos. Según este modelo los socios pueden elegir el Estado de la constitución/incorporación de la sociedad, sin necesidad de realizar en dicho Estado ningún tipo de actividad, y determinar, de este modo, la ley que regirá sus relaciones con los accionistas (relaciones internas). En la práctica este modelo se ha mostrado muy eficaz, ya que un Estado como Delaware ha logrado, gracias a la ley de sociedades que aprobó en 1981, atraer a más de medio millón de sociedades, entre las que se encuentran las más importantes del planeta<sup>82</sup>. Pero, al margen de la valoración que merezca este modelo de incorporación<sup>83</sup>,

---

<sup>80</sup> E.A O’Hara /L.E. Ribstein “From politics to efficiency in choice of law”, *University of Chicago Law Review*, 2000, 4 pp. 1151 y ss

<sup>81</sup> B.H.Kobayashi/L.E.Ribstein “Contract and jurisdiction freedom” en F.H. Buckley (edit) *The Fall and Rise of Freedom of Contract* Durham and London: Duke University Press, 1999 p. 339-346

<sup>82</sup> *La Vanguardia*, Domingo, 20 de marzo de 2005

su extrapolación al ámbito de los contratos plantea serias dificultades . No hay que olvidar que la incorporación o reincorporación genera pingües ingresos, en forma de impuestos y derechos de inscripción, para el Estado de acogida, sin olvidar los beneficios que se derivan de la aplicación de su Derecho de sociedades para los abogados y jueces de dicho Estado . Ello explica que otros Estados hayan seguido el ejemplo de Delaware , creándose con ello un auténtico mercado de derechos societarios. Pero ¿Qué ventajas económicas o de otra índole, para el Estado o para determinados sectores de su sociedad , reporta la elección de su ley para regir un contrato?. Si la elección sólo beneficia a las partes contratantes pero no al Estado cuyas leyes han sido elegidas o a sectores de su población capaces de incidir en el proceso legislativo, la reiterada elección a favor de la ley de un determinado Estado sólo puede, como máximo, indicar cuales son las preferencias de los operadores económicos; pero es incapaz , por si sola, de provocar la competencia entre los distintos sistemas jurídicos.

Una vez aceptados, a nivel teórico, los beneficios que se derivan de la diversidad normativa y de la competencia entre sistemas jurídicos, la cuestión que se plantea es cómo conseguir que los Estados respondan al envite de los operadores económicos que rechazan sus leyes eligiendo las de un Estado distinto, procediendo a la mejora de su legislación, de tal forma que sus normas contractuales imperativas dejen de provocar un enriquecimiento injustificado de una de las partes en detrimento de la otra . Para ello es necesario, no sólo la “salida metafórica” del ámbito de aplicación de la ley objetivamente aplicable eligiendo una ley distinta, sino también una “salida real” de la jurisdicción del Estado cuyas leyes se rechazan, mediante una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de un Estado distinto. Esta “salida real”, en la medida que afecta a los abogados y jueces del Estado cuya ley ha sido rechazada, al privarles de los beneficios derivados de las controversias que surjan del contrato en cuestión, puede, a diferencia de la simple “salida metafórica”, propiciar, bajo la presión de estos grupos directamente afectados y de notable influencia política, una mejora de la legislación. Paralelamente, y desde la perspectiva del Estado cuyas leyes son elegidas, su interés en ofrecer una regulación eficiente de las transacciones internacionales, sólo se explica por los beneficios que comporta la sumisión de los operadores económicos a la competencia de sus tribunales y la utilización de los servicios de sus abogados, que son los que mejor conocen tanto la ley elegida como el modo en que debe conducirse el proceso, en caso de litigio. Un fenómeno análogo se produce cuando los contratantes en lugar de una cláusula de elección de foro incorporan en sus contratos una cláusula de arbitraje. Las reformas que numerosos Estados han emprendido de sus leyes de arbitraje, entre ellos España con la reciente Ley 60/2003, se explican, en parte, por el deseo de convertir sus territorio en sede de arbitrajes internacionales y poder de este modo participar en el floreciente “negocio del arbitraje”<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Para unos este sistema conduce a una “race to the top” ( mejora de la calidad y especialización del Derecho de sociedades de los distintos Estados de la federación gracias a la competencia) mientras que para otros a un “race to the bottom” ( competencia a la baja). Vid. Fco. J. Garcimartín, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Madrid: Editoriales de Derecho reunidas, 2002 pp. 55-63

<sup>84</sup> Este objetivo se menciona expresamente en la Exposición de motivos de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, en el párrafo final del ap I al señalar que “ La legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas e incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y porque el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese Estado y con arreglo a sus normas”. En opinión de R. Mullerat , “Spain Joins the Model Law”, *Arbitration International*, 2004,2 p. 139, se trata concretamente de “atraer arbitrajes procedentes de latinoamerica dados sus vínculos históricos , culturales y económico con España” . No obstante , esta competencia entre las leyes de arbitraje no siempre conduce a los resultados esperados por el legislador estatal . Un ejemplo ilustrativo lo proporciona el Derecho belga. En 1983 , se introdujo en el Código de procedimiento civil

33. Ante la dudosa eficacia de la elección de ley para incentivar, por sí sola, la adopción de leyes más eficientes, alguno de los autores más representativo de la corriente favorable a transponer al ámbito de los contratos la teoría de la incorporación de las sociedades, han formulado un modelo ideal de norma reguladora de las cláusulas de elección de ley. A diferencia de la nueva §1-301 del UCC-2002, en la que, como se ha señalado, no se exige ningún vínculo entre las partes o la transacción y la ley elegida, esta propuesta de regulación condiciona el reconocimiento de la cláusula de elección de ley a los siguientes requisitos: Primero, que el contrato incluya una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales del Estado cuya ley ha sido elegida o que las partes en el contrato estén sujetas a los tribunales de dicho Estado en virtud de una disposición legal o a un arbitraje con sede en su territorio; segundo, que al menos una de las partes resida en el Estado cuya ley ha sido designada aplicable y que ninguna de ellas resida en el Estado que prohíbe a las partes excluir sus normas imperativas mediante la elección de la ley de otro Estado<sup>85</sup>.

Cuando concurren los dos requisitos anteriores, no resulta aplicable la excepción general de la “fundamental policy” y sólo las normas imperativas de la ley designada aplicable (= ley del foro) deberán ser respetadas por las partes en el contrato. Esta propuesta introduce una mayor dosis de seguridad y previsibilidad en comparación con el régimen general (§ 187 del *Restatement (Second)* y §1-301 del UCC-2002), al clarificar y limitar los supuestos en que una norma imperativa de un Estado distinto del designado aplicable debe ser respetada por los tribunales del foro. Se trata concretamente de aquellos casos en que, o bien una de las partes reside en el Estado autor de la norma o bien, ninguna de las partes reside en el Estado cuyas leyes han sido designadas aplicables (supuesto que conforme a los requisitos señalados queda fuera del ámbito de aplicación de la presente propuesta). De este modo se evita la incertidumbre a que conduce la aplicación del “fundamental policy test” (§ 187(2) b) del *Restatement (Second)* y de la § 1-301 (f) del UCC-2002) y la complejidad que comporta identificar el Estado cuya ley resulta aplicable en defecto de elección por las partes, dada la pluralidad de factores que es necesario tener en cuenta antes de decidir cual es el Estado “mas significativamente vinculado” al caso (§188 en relación con la §6 del *Segundo Restatement*).

En definitiva y desde el punto de vista de la función propulsora de la “competencia entre sistemas jurídicos” y de disciplina y contención del legislador estatal que se pretende atribuir a la elección de ley por las partes, la propuesta examinada halla su justificación en que se condiciona la aplicación de las normas imperativas a la residencia de una de las partes en el Estado autor de las mismas. De este modo se desincentiva a los Estados a promulgar leyes imperativas ineficientes, dado el riesgo de que tales leyes alejen de su territorio a empresas beneficiosas para la economía del país. “En otras palabras, la exigencia de este vínculo ayuda a los Estados

---

una disposición en virtud de la cual el legislador suprimía el recurso de nulidad de los laudos pronunciados en el territorio Belga con ocasión de un arbitraje internacional cuando ninguna de las partes fuese nacional o residente en Bélgica o, tratándose de personas jurídicas, no se hubiesen constituido en Bélgica o no tuviesen en dicho país una sucursal o sede de operaciones. Esta reforma no tuvo el atractivo para los operadores internacionales que se esperaba, de tal modo que en 1998 fue modificada. En la actualidad, Bélgica, al igual que Suecia, Suiza, y Túnez, se limita a permitir que en los mencionados arbitrajes internacionales, las partes renuncien, si lo desean, al recurso de nulidad del laudo pronunciado en su territorio.

<sup>85</sup> L.E. Ribstein *Ob cit* en nota (72) pp. 450-451

a internalizar tanto los costes como los beneficios derivados de la regulación imperativa<sup>86</sup>”

### 3. La mutación de la autonomía conflictual

34. Al final de este recorrido por el derecho positivo y los planteamientos doctrinales más recientes en ambos lados del Atlántico, se detecta, a pesar de las diferencias que los separan, una tendencia a concentrar en la ley del foro, el control de la libertad contractual de que gozan los particulares en el ámbito de los contratos internacionales, evitándose de este modo una “exceso de regulación” por parte de normas imperativas procedentes de distintos Estados.

Conforme al texto del Convenio de Roma, pueden resultar eventualmente aplicables a un mismo contrato internacional, las disposiciones imperativas de la *lex contractus* elegida por las partes (normas imperativas “simples”), de la *lex fori* (excepción de orden público y normas internacionalmente imperativas) y de un tercer Estado (aunque en la práctica, la aplicación de sus normas internacionalmente imperativas es excepcional)

Bajo el *Restatement (Second)* la concurrencia de disposiciones limitativas de la autonomía de la voluntad se produce entre la *lex contractus* elegida por las partes y la ley del Estado cuyas disposiciones imperativas resultarían aplicables en defecto de elección (el Estado que presente con el contrato una “vinculación más significativa”).

En Europa, la pérdida de importancia, incluso desaparición en las interpretaciones más extremas, de la función localizadora de la elección de ley por las partes, como consecuencia de la amplia libertad que les reconoce el artículo 3 del Convenio de Roma (posibilidad de elegir cualquier ley, en cualquier momento y de someter diversos aspectos del contrato a leyes distintas), ha conducido a una parte de la doctrina contemporánea a considerar que los únicos límites a la libertad contractual son los que se derivan de la excepción de orden público y de las normas internacionalmente imperativas del foro

En Estados Unidos, el análisis económico de las cláusulas de elección de ley realizado por aquellos autores que proponen trasladar al ámbito de los contratos el modelo de incorporación/constitución que rige el Derecho de sociedades, conduce a mantener la función localizadora de la autonomía de la voluntad y a fortalecer su aplicación frente a la “fundamental policy” del Estado cuyas leyes resultan aplicables en defecto de elección de ley por las partes, siempre que la ley elegida sea la del Estado de la residencia habitual de una de las partes contratantes y los tribunales de dicho Estado sean competentes para conocer de los litigios que puedan suscitarse

El protagonismo que, desde realidades jurídicas, formas de organización política y aproximaciones metodológicas distintas, se atribuye a la ley del foro, sitúa en un primer plano a las cláusulas atributivas de jurisdicción. Ello no significa que la elección de ley no continúe siendo necesaria cada vez que las partes desean excluir total o parcialmente la ley designada por el legislador<sup>87</sup>; sino únicamente que la elección del tribunal

---

<sup>86</sup> *Ibid* pp. 462- 463.

<sup>87</sup> Tal como ha sostenido el Gedip (Grupo europeo de Derecho internacional privado), en su comentario consolidado a la Propuesta de la Comisión de la UE de modificación del Convenio de Roma de 1980 y transformación en Reglamento comunitario, en el nuevo texto del artículo 3. 1 debería puntualizarse que “la elección de un tribunal o de los tribunales de un determinado Estado no comporta en sí misma la elección de la ley de este Estado”. (Duodécima sesión, París 20-22 septiembre 2002, [www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-reunions-12t.html](http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-reunions-12t.html).) De forma más matizada, el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, hecha en México en

competente tiene una trascendencia mucho mayor sobre el régimen jurídico de los contratos internacionales.

Como se verá a continuación en la última parte de este estudio, las cláusulas atributivas de jurisdicción, ya sea a favor de un tribunal estatal o de un tribunal arbitral, pueden incidir, a diferencia de las cláusulas de elección de ley, en la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del Estado cuyos tribunales han sido excluidos por las partes. Este factor es relevante, si se tiene en cuenta que, en los contratos entre profesionales, los principales límites a la autonomía de la voluntad, —a diferencia de lo que sucede en otros sectores del Derecho privado (personas, familia y sucesiones), a excepción quizás de las relaciones paterno filiales—, no provienen tanto de las normas imperativas destinadas a regular las relaciones *inter partes*; como de las normas internacionalmente imperativas, aplicables con independencia de cual sea la ley elegida por las partes, y cuyo objeto consiste en evitar que el contrato o algunas de sus cláusulas afecten negativamente a la realización de políticas consideradas de interés general por el Estado autor de la norma (Derecho de la competencia, control de cambios, protección del patrimonio histórico, leyes anti-corrupción, medidas de coerción política o económica sobre otros Estados, prohibición de exportación de materiales de doble uso ect.. )

#### IV. EL PROTAGONISMO DE LAS CLAUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO

35. En el sector del Derecho aplicable la autonomía de la libertad, por amplia que sea, solo permite a las partes elegir la ley que regulará sus mutuas relaciones. En cambio, en el sector de la competencia judicial internacional, las cláusulas de elección de foro (al igual que el convenio arbitral) permiten designar al juez que conocerá, no sólo de los litigios basados en el contrato, si no de toda controversia relativa al mismo, aunque su fundamento se encuentre en el incumplimiento o violación de una norma internacionalmente imperativa. En definitiva, mientras que mediante la elección de ley las partes no pueden evitar la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del foro, las cláusulas de elección de foro, les permiten sustraerse de la competencia de los tribunales obligados a su aplicación. Con el agravante que tanto en el marco de la UE como en los Estados Unidos, el principio de reconocimiento mutuo que preside el Reglamento 44/2001, en un caso y la cláusula constitucional de la *full faith and credit*, en el otro, impiden a los tribunales de un Estado miembro rechazar el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en otro Estado miembro por motivos derivados de la ley aplicada al fondo del litigio, salvo supuestos extremos de contrariedad con los principios fundamentales del orden público del Estado requerido.

#### 3. Normas internacionalmente imperativas y cláusulas de elección del foro

36 Ante el juez civil, las pretensiones basadas en una norma internacionalmente imperativa, suelen plantearse, a título incidental, cuando, p.e. una parte invoca la nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas en base a su contrariedad con el Derecho de la competencia o con la legislación anticorrupción o cuando alega la imposibilidad de cumplir las obligaciones derivadas del contrato a causa de una medida de embargo decretada contra el Estado de destino de las mercancías. Si el juez llamado

---

1994 señala que “La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”

a conocer es un juez del Estado autor de la norma internacionalmente imperativa y el contrato en cuestión entra dentro su ámbito de aplicación, dicho juez está obligado a aplicarla y a determinar las consecuencias civiles que se derivan de su incumplimiento. Pero, si el litigio se plantea ante un juez extranjero, la aplicación de las mencionadas normas resulta mucho más problemática ya que, suponiendo que se trate de un juez europeo, el conjunto de variables que deberá tener en cuenta, en caso que decida aplicar el artículo 7.1 del Convenio de Roma<sup>88</sup>, le dejan un amplio margen de discrecionalidad. Por un lado, deberá valorar la conformidad de los objetivos políticos o económicos perseguidos por el Estado autor de la norma con el propio ordenamiento, así como, la proporcionalidad entre su alcance extraterritorial y la finalidad que se persigue con su aplicación. Por el otro, deberá tener en cuenta los intereses privados de los contratantes y las circunstancias concretas del caso, tales como, el grado de previsibilidad respecto de la aplicación de la norma al contrato en cuestión; la culpabilidad de las partes en su infracción, en especial la de aquella que pretende ampararse en la norma imperativa para incumplir las obligaciones derivadas del contrato y; el desequilibrio contractual que provoca su aplicación<sup>89</sup>.

La jurisprudencia del TJCE nos ofrece algunos ejemplos que invitan a la reflexión. En el asunto *Courage Ltd. c. B. Crehan* de 20 de septiembre de 2001, el TJCE estableció las pautas que debían seguir los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a la hora conjugar el interés económico general que expresa el Derecho comunitario de la competencia y el interés particular de las partes en el contrato. El origen de esta decisión se encuentra en un contrato de arrendamiento de un establecimiento de bebidas que contenía una cláusula de exclusividad y en la invocación de la contrariedad de esta cláusula con el artículo 85 (actual 81) del CE ante un tribunal inglés por parte del arrendatario, con el fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la misma. La singularidad del litigio radica en que quién invoca la infracción al Derecho comunitario no es un tercero, consumidor o competidor, sino uno de los contratantes. El TJCE después de recordar que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a garantizar, dentro del marco de sus atribuciones, la plena eficacia del derecho de la competencia comunitario, admite la posibilidad de que el derecho nacional deniegue a una parte que tienen una *responsabilidad significativa* en la distorsión de la competencia, el derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios de la otra parte contratante, en base al principio ampliamente aceptado según el cual nadie puede beneficiarse de su comportamiento ilícito (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*). Pero paralelamente también exige, que el órgano jurisdiccional nacional, al aplicar este criterio, tenga en cuenta el particular contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes contratantes en el momento de negociar al contrato. En particular señala que, en casos como el contemplado, debe examinarse si la parte perjudicada, debido a su *posición de notable inferioridad*, se ha visto privada de la posibilidad de negociar las

---

<sup>88</sup> Hay que tener en cuenta que el artículo 7.1 del Convenio de Roma, no sólo no obliga a los tribunales de los Estados parte a aplicar o simplemente a “dar efecto” a las leyes de policía de otro país, sino que, además, se trata de una disposición que no resulta aplicable en Alemania, Gran Bretaña, Irlanda, Luxemburgo y Portugal, en virtud de la reserva formulada por estos Estados en base al artículo 22. Esto no significa que los tribunales de estos países no puedan, si lo estiman conveniente, aplicar las leyes internacionalmente imperativas de un tercer Estado, sino únicamente que al hacerlo lo harán en base a sus respectivos derechos nacionales.

<sup>89</sup> Como indica M Virgós, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª edic. Madrid: Eurolex, 1995 p. 188, cuando el juez llamado a conocer del litigio contractual es ajeno al Estado autor de la norma, “Deberá equilibrar la voluntad de aplicación de las normas extranjeras con el principios de “conservación del negocio” (=protección de las expectativas de las partes) derivado de la ley del contrato”

cláusulas del contrato y evitar o limitar de este modo el perjuicio que puede causarle una cláusula contraria al Derecho de la competencia.<sup>90</sup>

Ante decisiones tan matizadas como la anterior respecto de los efectos de la infracción de una norma internacionalmente imperativa comunitaria sobre las obligaciones derivadas de un contrato, cabe plantearse qué hubiera sucedido si en vez de plantearse la controversia ante un juez inglés, las partes hubieran pactado una prorrogación de competencia a favor del tribunal de un Estado no miembro de la UE o una cláusula de arbitraje. Al margen de la imposibilidad, en ambos casos, de que el juez elegido hubiese planteado una cuestión prejudicial ante el TJCE, lo más probable es que, tratándose de un contrato entre profesionales, la pretensión de la actora perjudicada por la cláusula de exclusividad hubiese sido rechazada, prevaleciendo el principio de que una parte que ha participado en un acuerdo contrario al derecho de la competencia de un tercer Estado no puede reclamar a la otra parte una indemnización por el perjuicio que le ha causado haber participado en el mencionado acuerdo. En definitiva prevalecería el equilibrio contractual establecido por las partes frente al interés público de un tercer Estado<sup>91</sup>.

En el asunto *Igmar GB Ltd. C. Eaton Leonard Technologies Inc*, el TJCE en Sentencia de 9 de septiembre de 2000, se enfrentó a la cuestión si los artículos 17 y 18 de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, resultaban aplicables a un contrato en el que un empresario establecido en el estado de California nombró un agente exclusivo en el Reino Unido y en Irlanda para la venta de sus productos, teniendo en cuenta que las partes habían elegido expresamente como ley aplicable al contrato la del estado de California. A pesar de que la mencionada Directiva no contenía ninguna disposición expresa sobre su ámbito de aplicación territorial, el TJCE consideró que los mencionados artículos resultaban aplicables a todos los agentes comerciales establecidos en un Estado miembro, con independencia de la nacionalidad o del lugar en que se hallase el domicilio de su empresario y de que la ley elegida por las partes para regir el contrato fuese la de un tercer Estado. El argumento que utilizó el tribunal para calificar de normas internacionalmente imperativas a los derechos de indemnización compensatoria que los mencionados artículos otorgan al agente en caso de resolución del contrato, fue que, a través de esta protección al agente, se garantiza la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior. Si este razonamiento se amplía a otras Directivas, en las que el legislador comunitario tampoco ha delimitado su ámbito

---

<sup>90</sup> Puntos 31-33 de la STJCE de 20 septiembre 2001, As. 453/99 “*Courage Ltd c. B. Crehan*”.

<sup>91</sup> Resulta ilustrativa al respecto, la Sentencia del Tribunal de comercio de Mons (Bélgica) de 2 noviembre 2001, *Revue de droit commercial belge*, 2001,9 p. 617. Se trataba de un contrato de concesión de venta en exclusiva para el territorio de Túnez celebrado entre un empresa belga y una empresa coreana y su filial para Europa. Las partes eligieron la ley belga y los tribunales belgas como los únicos competente. La sociedad belga presentó una demanda ante los tribunales belgas contra la concesionaria, la cual, en sus alegaciones invocó una ley tunecina que prohíbe las concesiones exclusivas de venta en su territorio, salvo autorización expresa del Ministerio de Comercio, requisito que en este caso no se había cumplido. El juez belga, después de señalar que el artículo 7.1 del Convenio de Roma le faculta, pero no le obliga, a aplicar las leyes de policía de un tercer Estado, consideró que la prohibición absoluta de concesiones exclusivas de venta no era un criterio compartido por otros Estados, en particular los países europeos y por consiguiente, no podía considerarse que formara parte del orden público internacional. En definitiva, una ley de policía extranjera, cuya naturaleza y objetivos no responde a criterios ampliamente admitidos en el plano internacional, incluido el Estado del foro, no puede justificar, como pretendía la demandada, una infracción de las disposiciones contractuales libremente establecidas por las partes.

de aplicación espacial<sup>92</sup> se corre el riesgo de que numerosas disposiciones imperativas de los Estados miembros adoptadas en transposición de una Directiva comunitaria, también sean consideradas normas internacionalmente imperativas o leyes de policía. No hay que olvidar que la mayoría de Directivas de armonización de legislaciones en el ámbito del derecho privado tienen por objeto, directa o indirectamente, evitar distorsiones a la competencia derivadas de la diversidad normativa de los Estados miembros<sup>93</sup>. Esta lectura en clave exclusivamente comunitaria de contratos solo parcialmente vinculados a la Unión Europea, en supuestos no expresamente previstos por el legislador, puede inducir a las empresas de terceros países que realizan contratos con empresas establecidas en Unión europea, no solo a incluir en sus contratos una cláusula de elección de ley ( estrategia poco eficaz, como demuestra la sentencia *Igmar*), sino también una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de un tercer Estado; ya que sólo así podrán protegerse de la aplicación extraterritorial de las normas de origen comunitario cada vez que un tribunal de un Estado miembro considere que la ley de un tercer Estado elegida por las partes es susceptible de distorsionar, directa o indirectamente, la competencia en el mercado interior<sup>94</sup>. Esta estrategia se verá facilitada por el hecho de que fuera de los contratos con consumidores, trabajadores y asegurados, el Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, no establece ningún límite a la libre elección por las partes del tribunal competente, por motivos derivados del derecho material aplicable al fondo de la controversia,<sup>95</sup>.

37. Ante casos como los descritos, en que resulta improbable que los tribunales elegidos por las partes apliquen las normas internacionalmente imperativas de un tercer Estado, la cuestión que se plantea es si resulta inevitable, como se ha sostenido recientemente, considerar que las normas internacionalmente imperativas se convierten en normas “semi necesarias” o “cuasi necesarias, cada vez que su aplicación se plantea ante el juez de un Estado distinto al del autor de la norma<sup>96</sup> o, si por el contrario, el derecho positivo ofrece mecanismos para evitar que las partes logren, a través de las cláusulas de elección de foro, neutralizar el efecto que sobre sus relaciones contractuales tienen las normas internacionalmente imperativas del Estado cuyos tribunales han sido excluidos. Con este propósito se procede a examinar la existencia de eventuales límites a las cláusulas de elección de foro derivados del derecho material imperativo aplicable al contrato en cuestión y la posibilidad de incluir dentro del concepto de orden público, a las normas internacionalmente imperativas del Estado

---

<sup>92</sup> Sólo algunas Directivas sobre contratos con consumidores incluyen normas que delimitan su ámbito de aplicación espacial con el fin de garantizar que en los contratos vinculados con el territorio de los Estados miembros, el nivel de protección que las normas imperativas de la Directiva otorgan al consumidor, no pueda ser eludido mediante la elección por las partes de la ley de un Estado no miembro menos protectora. artículo. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas (*DOCE n.L 95* de 21 abril 1993) ; artículo 9 de la Directiva 94/47/CE sobre adquisición de un derecho de utilización de inmuebles a tiempo compartido (*DOCE n. L 280* de 29 octubre 1994) ; artículo 12.2 de la Directiva 97/7/CE sobre contratos negociados a distancia (*DOCE n.L 144* de 4 junio 1997; artículo 7.2 de la Directiva 99/44/CE sobre venta y garantía de bienes de consumo (*DOCE n. L 171* de 7 julio 1999) ; y artículo 12.2 de la Directiva 2002/65/CE sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (*DOCE n. L 271* de 23 septiembre 2002)

<sup>93</sup> N. Boschiero *Op. Cit.* pp. 387

<sup>94</sup> W-H Roth, “Case C-381/98 *Igmar GB Ltd. V. Eaton Leonard Technologies Inc*, judgement of the Court (Fifth Chamber) of 9 November 2000 (2000) ECR I-9305” *Common Market Law Review*, 2002, 383

<sup>95</sup> Vid *Infra* punto 39

<sup>96</sup> L.G.Radicati di Brozolo, “Mondialisation, jurisdiction, arbitrage: vers des règles d’application semi-necessaire ? “ *Revue critique*, 2003,1, p.35

requerido al reconocimiento y ejecución de la decisión pronunciada por el juez elegido por las partes. El análisis de la práctica y del Derecho positivo permitirá confirmar si la tendencia actual, --en parte influida por el continuo desarrollo y expansión del arbitraje a materias tradicionalmente consideradas no arbitrables, en tanto que fuertemente intervenidas por normas imperativas o de orden público<sup>97</sup>--, se orienta hacia soluciones cada vez más liberales por lo que respecta a la admisión de las cláusulas de elección de foro en los contratos internacionales entre profesionales..o, si por el contrario, el derecho positivo ofrece mecanismos para evitar que las partes logren, a través de las cláusulas de elección de foro, neutralizar los efectos sobre sus contratos de las normas internacionalmente imperativas del Estado cuyos tribunales han sido excluidos.

Para este estudio sobre la admisibilidad de las cláusulas de elección de foro desde la perspectiva de las normas internacionalmente imperativas se han seleccionado los Convenios internacionales sobre Derecho uniforme que contienen normas de competencia judicial internacional, el Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales internacionales y algunas normas de competencia judicial internacional autónomas.

#### A) *Las cláusulas de elección de foro en los Convenios sobre Derecho uniforme*

38. Un estudio comparativo<sup>98</sup> de los Convenios sobre Derecho uniforme en materia de transportes internacionales que incluyen disposiciones sobre jurisdicción y arbitraje muestra que, o bien se excluyen totalmente las cláusulas de elección de foro, a fin de evitar que las partes eludan la aplicación del Convenio a los transporte que caen dentro de su ámbito de aplicación eligiendo los tribunales de un Estado no contratante (artículo 33.1 del Convenio de Montreal de 1999<sup>99</sup>); o bien las admiten de forma limitada, al impedir a las partes que elijan con carácter exclusivo al tribunal o tribunales de un Estado que no sea alguno de los previstos en el propio Convenio. En ocasiones el tribunal elegido por las partes debe ser necesariamente el tribunal de un Estado contratante (artículo 31 del Convenio de Ginebra relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera de 1956, enmendado por el Protocolo de 1978<sup>100</sup> y artículo 49 del Convenio de Berna sobre transporte internacional por ferrocarril de 1980, enmendado por el Protocolo de modificación de 1999<sup>101</sup>). En otras,

---

<sup>97</sup> N.Bouza “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral” *Revista española de Derecho internacional*, 2000,2 p.372 y M. Gonzalez Quiroga *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*, Madrid : Dykinson, 2003 pp.95-116

<sup>98</sup> Para este ejercicio resulta muy útil el cuadro comparativo preparado por Fr. Berlingieri con ocasión de los trabajos preparatorios para un Instrumento de la CUNDÍ sobre transporte marítimo de mercancías y los otros Convenios relativos al transporte. *Doc. A/CN9/WG III/WP.27* de 20 diciembre 2002)

<sup>99</sup> Artículo 33.1 del Convenio de Montreal “ 1. Una acción de indemnización de daños deberá iniciarse, a elección del demandante, en el territorio de uno de los Estados Partes, sea ante el tribunal del domicilio del transportista, o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, sea ante el tribunal del lugar de destino. ”.

<sup>100</sup> Artículo 31 del CMR “ 1. Para todos los litigios a que pueda dar lugar el transporte regulado por este Convenio, el demandante podrá escoger, fuera de las jurisdicciones de los países contratantes designadas de común acuerdo por las partes del contrato, las jurisdicciones del país en el territorio del cual: a) El demandado tiene su residencia habitual, su domicilio principal o sucursal de agencia por intermedio de la cual ha sido concluido el contrato de transporte; o b) Está situado el lugar en que el transportista se hizo cargo de la mercancía o el lugar designado para la entrega de la misma, no pudiendo escogerse más que estas jurisdicciones” .

<sup>101</sup> Artículo 46 del CIM-COTIF “ 1. Las acciones que se basen en las presentes Reglas Uniformes podrán incoarse ante los tribunales o cortes de justicia de los Estados Miembros designados por acuerdo entre las partes, o ante los tribunales o cortes de justicia de un Estado en cuyo territorio: a) El demandado tenga su

no se establece esta exigencia ( artículo 21. 1 d) Convenio sobre el transporte marítimo de mercancías o “Reglas de Hamburgo de 1978” y artículo 26 1. d) del Convenio de Ginebra sobre transporte multimodal internacional de mercancías de 1980 <sup>102</sup>); pero hay que tener en cuenta que en ambos Convenios, toda estipulación contractual que, de forma directa o indirecta ( p.e. mediante la sumisión a los tribunales de un Estado no contratante ), se aparte de las disposiciones del Derecho uniforme, es nula y sin efecto. (artículo 23.1 de las “Reglas de Hamburgo” y artículo 28.1 del Convenio sobre transporte multimodal).

El carácter imperativo de las disposiciones contenidas en los Convenios sobre transportes internacionales también afecta a la libertad de las partes para someterse a un arbitraje privado internacional. Los Convenios que admiten expresamente el arbitraje en relación a los contratos de transporte incluidos en su ámbito de aplicación, limitan la facultad de los contratantes a elegir la sede del tribunal arbitral, exigiendo que éste se encuentre en el territorio de un Estado cuyos tribunales serían competentes de no existir el convenio arbitral ( artículo 34.2 del Convenio de Montreal) . Este criterio se amplía en otros Convenios permitiendo al actor elegir entre incoar el procedimiento arbitral en el territorio del Estado cuyos tribunales serían competentes de no existir la cláusula compromisoria o en el lugar previsto en el convenio arbitral ( artículo 22.3 de las “Reglas de Hamburgo” y artículo 27.2 del Convenio sobre transporte multimodal). En todo caso, el arbitro, al igual que el juez, debe respetar las obligaciones de los citados Convenios de tal modo que toda condición prevista en la cláusula o acuerdo de arbitraje incompatible con dicha obligación se considera nula y sin efecto ( artículo 34 (3) y (4) del Convenio de Montreal, artículo 22 (4) y (5) de las “Reglas de Hamburgo” y artículo 27 (3) y (4) del Convenio de transporte multimodal).

Si se tiene en cuenta que el contrato de transporte es un contrato de adhesión elaborado por los transportistas, que los cargadores disponen de un menor poder negociador y que, en caso de litigio, suelen ocupar, junto a los consignatarios y destinatarios de la mercancía, la posición de demandantes, se comprende el rechazo de los Convenios mencionados a atribuir un carácter exclusivo a la cláusula de elección de foro o a la designación de la sede del tribunal arbitral en la cláusula compromisoria que los transportistas suelen incluir en los conocimientos de embarque y cartas de porte a favor de los tribunales de su sede<sup>103</sup>. Estas restricciones desaparecen cuando la elección del tribunal estatal o la designación de la sede del arbitraje tiene lugar una vez ya ha surgido la controversia.

Por último, cabe señalar que los países nórdicos ( Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia) a pesar de no haber ratificado el Convenio sobre el transporte marítimo de mercancías o “Reglas de Hamburgo de 1978” y de ser parte únicamente en el Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos

---

domicilio o residencia habitual, su establecimiento principal o la sucursal o agencia que concertó el contrato de transporte, o b) Se encuentre el lugar donde el transportista se hizo cargo de la mercancía o el lugar designado para su entrega. No podrá recurrirse a ningún otro tribunal o corte de justicia.”

<sup>102</sup> En ambos Convenios las reglas de competencia judicial internacional son muy parecidas y esencialmente consisten en permitir al demandante ejercitar su acción ante los tribunales de: el establecimiento principal o la residencia habitual del demandado; el lugar de celebración del contrato de transporte, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia; el puerto de carga; el puerto de descarga; y *cualquier otro lugar designado al efecto en el contrato de transporte*

<sup>103</sup> Para un análisis más detallado del carácter protector de la parte débil que presentan las disposiciones sobre competencia judicial internacional y arbitraje en los Convenios en materia marítima vid: J.J. Alvarez Rubio, *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos)*. San Sebastián/Donosita, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco 1993 pp. 99-206 .

de embarque de 1924, enmendado por los Protocolos de 1968 y 1979 ( “Reglas de La Haya-Visby”) que no contiene normas sobre competencia judicial internacional y arbitraje, han introducido en el Código marítimo común (1994) disposiciones inspiradas en los artículos 21 y 22 de las Reglas de Hamburgo siempre que el puerto de carga o el de descarga se localice en el territorio de alguno de estos cuatro países<sup>104</sup>. Este acuerdo resulta compatible con el Reglamento 44/ 2001 según se desprende del artículo 71.1. Por el contrario la jurisprudencia inglesa contraria a admitir la derogación de la competencia de los tribunales británicos a favor de tribunales de Estados no parte en las “Reglas de La Haya-Visby” a fin de impedir un régimen de responsabilidad del transportista menos estricto que el previsto en la *Carriage of goods by sea Act* (1971) adoptada en la aplicación de la mencionadas Reglas, sólo puede ser mantenida cuando el tribunal elegido sea el de un Estado no comunitario, como se verá a continuación.

#### B) Reglamento (CE) 44/2001 de 22 de diciembre de 2000

39. Las cláusulas de elección de foro en materia contractual quedan sujetas a las disposiciones del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuando una de las partes resida en un Estado de la UE y el tribunal elegido sea el de un Estado miembro. Si el tribunal elegido es el de un Estado parte en el Convenio de Lugano (1988) que no sea un Estado comunitario, resultan aplicables las disposiciones de este Convenio .

Los indiscutibles argumentos a favor de la cláusula de elección de foro en los contratos internacionales entre profesionales, justifican la amplia acogida de que son objeto en los mencionados textos. Si se parte de la base de que los particulares prefieren litigar ante los tribunales del Estado en que residen o están establecido que ante los tribunales de otro Estado, por motivos diversos: desconocimiento del idioma, costes de información acerca del procedimiento extranjero, mayor confianza hacia los propios jueces<sup>105</sup>, es razonable pensar que, en aquellos supuestos en que las partes ocupan un poder negociador equivalente, ambas estarán interesadas en evitar que cuando surja la controversia una de ellas ( la demandante) pueda decidir si presenta la demanda ante los tribunales del domicilio del demandado o ante los tribunales previstos en el foro de competencia especial en materia contractual del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001. Los acuerdos de elección de foro introducen una mayor igualdad entre las partes, ya que la selección del tribunal competente deja de depender de la posición que se ocupe en el litigio ( demandante o demandado) a la vez que disminuyen la litigiosidad (al desaparecer el incentivo de ser el primero en interponer la demanda que genera el *forum shopping*) A este factor cabe añadir la posibilidad de elegir un foro neutral, prestigioso o especializado ( p.e. la *Hight Court* de Londres en materia marítima) y, sobre todo la seguridad que comporta, si la cláusula de elección de foro es exclusiva, saber que el único tribunal que podrá conocer del litigio, con independencia de cual sea la posición que las partes ocupen en el proceso, es el elegido de mutuo acuerdo. A este conjunto de factores cabe añadir que en el marco de la Unión europea, la libre elección por las partes favorece los intercambios intracomunitarios y hunde sus raíces en el

---

<sup>104</sup> R.Herber *Op. Cit.* p.

<sup>105</sup> Una de los argumentos que con frecuencia suelen utilizarse para explicar la preferencia de los operadores económicos por el arbitraje es la impresión ( a veces justificada) de que los tribunales estatales se muestran inclinados a favorecer a las empresas establecidas en su territorio . M.Hunter “International commercial dispute resolution: the challenge of twenty-firts century” *Arbitration International* , 2000, 4 p. 382

principio de confianza comunitaria y equivalencia funcional entre las jurisdicciones de los Estados miembros y en el deseo de evitar que las fronteras entre los países de Europa dejen de ser un obstáculo a la resolución de las cuestiones de Derecho civil

Al tratar de la eventual incidencia de las normas internacionalmente imperativas aplicables al fondo del litigio en la eficacia de las cláusulas de elección de foro conviene ubicar esta cuestión en los problemas relativos a su admisibilidad y distinguirla, al menos conceptualmente, de las cuestiones relativas a su validez formal y sustancial, reguladas, respectivamente, por la norma material de Derecho internacional privado del artículo 23 del Reglamento 44/2001 y por las normas de conflicto del foro<sup>106</sup>.

Si se centra la atención en la cuestión de la admisibilidad de la prórroga de competencia en materia contractual, es necesario distinguir entre aquellos supuestos en que el Reglamento excluye o limita expresamente los acuerdos atributivos de competencia, de aquellos otros, en que hace abstracción de esta cuestión, limitándose a considerar válidos los acuerdos de elección de foro que reúnen los requisitos previstos en el artículo 23. El Reglamento 44/2001 excluye expresamente las cláusulas de elección de foro en los contratos de arrendamientos de inmuebles cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 22 (arrendamiento de temporada) y limita la prórroga de competencia en los foros de protección en materia de seguros (artículo 13), contratos celebrados con consumidores (artículo 17) y contratos individuales de trabajo (artículo 21). El criterio común a estos foros de protección es que el acuerdo atributivo de competencia solo es admisible si es posterior al nacimiento del litigio o si permite a la parte débil, y sólo a ella, formular una demanda ante un tribunal distinto del previsto en el Reglamento. A los que cabe añadir, en materia de seguros y contratos con consumidores, la posibilidad de escoger los tribunales correspondientes al domicilio común de las partes

Cuando se trata de contratos entre profesionales o de contratos con consumidores no cubiertos por el foro protector (contratos distintos a una venta a plazos de mercancías y operaciones de crédito vinculadas a su financiación en los que el profesional ni ejerce sus actividades en el Estado del domicilio del consumidor ni dirige por cualquier otro medio sus actividades hacia dicho Estado) es útil recordar la posición del TJCE respecto de los presupuestos de admisibilidad de la prórroga de competencia, en concreto su Sentencia de 16 de marzo de 1999 en el asunto *Castelleti c. Hugo Trumpy*. La controversia planteada ante los tribunales que dio origen a esta sentencia es frecuente en el ámbito de los transportes marítimos internacionales de mercancías bajo conocimiento de embarque, en los que el destinatario portador del conocimiento interpone una demanda ante los tribunales del puerto de entrega de la mercancía contra el transportista o su consignatario por pérdida, deterioro o retraso y éste se opone a la competencia de dicho tribunal invocando la cláusula de elección de foro, inserta en el conocimiento de embarque a favor de los tribunales de un Estado distinto. En este caso concreto el tribunal ante el que el destinatario interpuso la acción fue un tribunal de Génova (Italia) y el tribunal previsto en una de las cláusulas del conocimiento de embarco era la *High Court of Justice* de Londres. De las catorce cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal supremo italiano, solo interesa destacar dos dada su relación con el presente

---

<sup>106</sup> Hay que tener en cuenta que las cláusulas de elección de foro al igual que las cláusulas arbitrales están excluidas del ámbito de aplicación material del Convenio de Roma de 1980 (art. 1.2.d). La ley aplicable a la validez sustancial del convenio de arbitraje suele ser objeto de disposiciones específicas, tanto en los Convenios internacionales en la materia (Convenio de Ginebra de 1961 y Convenio de Nueva York de 1958) como en el Derecho interno de los Estados miembros (artículo 9.6 de la Ley 60/2003 de arbitraje). No sucede lo mismo con ley aplicable a la validez sustancial de las cláusulas de elección de foro, aunque nada impide que los Estados apliquen por analogía las disposiciones del Convenio de Roma de 1980.

estudio. Una, se refería a la “validez de la cláusula , incluso en el supuesto de que la misma se traduzca en virtud de la normativa material aplicable en el foro elegido) en una cláusula de exoneración o de limitación de la responsabilidad del porteador. Otra, “a la posibilidad de que el tribunal (distinto del designado en la cláusula) al que se ha sometido el asunto, a fin de apreciar la validez de la cláusula, pueda examinar la justificación de la misma, es decir el objetivo buscado por el porteador al elegir un tribunal distinto del que sería competente con arreglo a los criterios ordinarios establecidos por el Convenio de Bruselas o por la ley del foro”.

Con relación a la validez de la cláusula de elección de foro en virtud de las normas materiales aplicables al fondo del litigio, la cuestión planteada por el tribunal italiano resulta comprensible si se tiene en cuenta, por un lado, que el transporte marítimo en cuestión entra dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 1924, enmendado por los Protocolos de 1968 y 1979 ( “Reglas de La Haya-Visby”), ya que tanto Argentina (puerto de embarque) como Italia (puerto de destino) lo han ratificado y, por el otro, que la jurisprudencia italiana y inglesa (tribunal llamado a conocer y del tribunal elegido respectivamente) han condicionado, en ocasiones, la admisibilidad del acuerdo de elección de foro a que el tribunal elegido sea un Estado parte en ambos Protocolos a fin de asegurar la aplicación de sus normas sobre responsabilidad del transportista<sup>107</sup>.

Por lo que respecta a la cuestión referente a la posibilidad de que el tribunal ante el que se ha interpuesto la acción pueda examinar la causa u objetivo que ha llevado al porteador a elegir un tribunal distinto del que sería competente en defecto de elección, parece referirse a la posibilidad de que el tribunal llamado a conocer rechace la declinatoria a favor del tribunal elegido si constata que no existe un interés legítimo que justifique la elección efectuada.

El TJCE respondió a ambas cuestiones conjuntamente, recordando que el objetivo del Convenio era permitir que los jueces nacionales pudieran pronunciarse fácilmente sobre su propia competencia . Para ello, deben limitarse a examinar si concurren las exigencias establecidas en el artículo 17 del Convenio de Bruselas ( actual artículo 23 del Reglamento 44/2001) sin necesidad de realizar ningún otro análisis sobre el fondo del asunto . Así pues, cuando concurren los requisitos previstos en el mencionado artículo existe una presunción *iure et de iure* de que el acuerdo de prorrogación de competencia es válido, sin que quepan otras consideraciones que no guarden relación con estos requisitos, como pueden ser la existencia de vínculos de las partes o de la controversia con el tribunal elegido, las causas que justifican la elección efectuada o las normas materiales que aplicará el tribunal elegido para resolver el fondo del litigio

En definitiva, cuando el tribunal elegido es el de un Estado miembro no es posible ampararse en excepciones o limitaciones a las cláusulas de elección de foro del Derecho interno no previstas en el Reglamento 44/2004, tanto si se dirigen a rechazar la prorrogación en favor de sus tribunales (teoría del *forum non conveniens*) como a impedir que la competencia de sus tribunales sea derogada por las partes<sup>108</sup>. El carácter

---

<sup>107</sup> Vid. *Supra* punto 38. Para un análisis de la jurisprudencia comparada, incluida la española , sobre la admisibilidad y efectos de los acuerdos de elección de foro en los transportes sujetos al Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento. J.J. Alvarez Rubio *Op. Cit* nota (104) pp.105-124

<sup>108</sup> Esta afirmación debe ser matizada cuando la norma de competencia judicial interna tenga su origen en un Directiva comunitaria, como sucede p.e. en el caso del artículo 6 de la Ley 36 1994 de incorporación al ordenamiento español de la Directiva 93/7/CE de 15 de marzo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro o de la Disposición adicional primera de la Ley 45/1999 de 29 de noviembre sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, adoptada en transposición del artículo 6 de la

“autosuficiente “ del régimen de los acuerdos de prórroga de competencia previsto en el artículo 23 del Reglamento 44/2001 obedece a la necesidad de evitar que la unificación de las normas de competencia internacional llevada a cabo y la seguridad y previsibilidad que ello comporta, pueda verse afectada por exigencias imperativas derivadas del Derecho interno de los Estados miembros ( “efecto útil” del Reglamento)<sup>109</sup>. En el supuesto, —más teórico que real dado que los Estados miembros comparten unos mismos valores económicos y sociales— , de que un Estado considere que los objetivos de interés general que subyacen en sus normas internacionalmente imperativas no han sido respetados por el tribunal elegido cabría la posibilidad de que en sede de reconocimiento y ejecución se invocara el orden público del Estado requerido. Sin embargo, aun suponiendo que fuera posible incluir dentro de la noción de orden público la infracción de las normas internacionalmente imperativas del Estado requerido, dicha pretensión, debería quedar sujeta al control de su conformidad con el Derecho comunitario originario (“test de proporcionalidad y equivalencia” ) a fin de evitar una restricción injustificada a las libertades de circulación comunitarias, con lo que las posibilidades de prosperar serían muy escasas.

### C) *Flexibilización de los efectos de la cláusula de elección de foro en el Derecho estatal*

40. Fuera de los supuestos no cubiertos por un Convenio internacional que contenga normas de competencia judicial internacional o en los que el Reglamento 44/2001 no resulta aplicable, el panorama es muy distinto ya que los Estados pueden establecer las limitaciones a las cláusulas de elección de foro que estimen convenientes, ya sea para proteger a la parte más débil o con menor poder negociador en el caso de contratos de adhesión, ya sea para evitar que contratos que revisten una especial importancia para la economía nacional o para el bienestar de sus ciudadanos ( p.e. contratos relativos a la explotación de materias primas, contratos de cooperación entre empresas ( “joint ventures”), contratos de distribución ) puedan quedar sometidos a la competencia de un tribunal extranjero. Pero no son estas prohibiciones expresas formuladas por cada legislador las que interesa analizar, sino la posibilidad de introducir mecanismos correctores a fin de evitar que la aceptación indiscriminada de cláusulas de elección de foro en contratos susceptibles de afectar al interés general permitan eludir las normas internacionalmente imperativas del Estado cuyos tribunales serían

---

Directiva 96/71/CE de 16 diciembre 1996. En estos supuestos, el artículo 67 del Reglamento 44/2001 dispone la preferencia de las normas sobre competencia judicial internacional contenidas en actos comunitarios o en las leyes nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos, sobre las normas de competencia judicial internacional del Reglamento. Para un análisis de esta problemática al hilo de la Sentencia de la Aud. Prov. De Santa Cruz de Tenerife de 10 septiembre 2001, vid, P. Jiménez Blanco “Alcance de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de agencia” *Anuario Español de Derecho internacional*, 2002, pp. 127-150 y comentario a la mencionada sentencia en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, pp. 381-387

<sup>109</sup> La Disposición adicional de la Ley 12/1992 del contrato de agencia contiene una norma de competencia judicial según la cual “ La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponde al juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario”. Esta disposición ha planteado alguna duda acerca de su naturaleza de norma de competencia judicial internacional o de competencia territorial.( vid. R. Arenas “Comentario a la Sentencia de la Au. Prov. De Barcelona de 30 julio 2002” *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003, 1 pp.357-366 y P.Jiménez Blanco *Ibid.*) . No obstante, cabe especular que en el supuesto de que se tratara de una norma de competencia judicial internacional no resultaría aplicable a un pacto de sumisión vinculado a un contrato de agencia sujeto al Reglamento 44/2002 ( localización en la Unión Europea del tribunal elegido y del domicilio de una de las partes) .

competentes en defecto de elección. Teniendo en cuenta el carácter unilateral de las normas de competencia judicial internacional de origen interno este análisis debe tener en cuenta la doble vertiente de la *prorrogatio* y de la *derogatio fori* que presentan los pactos de sumisión expresa.

41. Por lo que respecta a la posibilidad de que el tribunal elegido rechace ejercer su competencia, el panorama que ofrece el Derecho comparado es muy variado. En algunos Estados los jueces gozan de una amplia discrecionalidad para valorar si existe otro foro más apropiado para conocer del caso. Con frecuencia esta regla denominada *forum non conveniens* se identifica con los países de *common law* pero también, algunos países de Derecho civil siguen este principio. Sus orígenes se encuentran en el sistema mixto escocés (*common law* y derecho civil) y fue utilizado con fines de orden público y en especial para evitar la búsqueda artificial de foros favorables<sup>110</sup>. En la actualidad esta figura se mantiene en Australia, Canadá, Inglaterra y Estados Unidos, entre otros países de derecho anglo-americano. Para su aplicación es indiferente que la competencia del juez llamado a conocer le sea atribuida *ex lege* o por voluntad de las partes. La declaración de *non conveniens* se pronuncia a instancia del demandado y puede obedecer a diversos factores. Entre los elementos que el juez toma en consideración se encuentran: la residencia de la partes; el lugar donde se encuentran los testigos y los elementos de prueba, los gastos de gestión que genera la administración de justicia y la sobrecarga de los tribunales; la complejidad de las cuestiones conflictuales y la dificultad de tener que aplicar una ley extranjera<sup>111</sup>. En Europa, en general, la doctrina del *forum non conveniens* ha gozado tradicionalmente de poco favor, aunque la encontramos recogida en codificaciones tan emblemáticas como la Ley federal suiza de Derecho internacional privado (1987) y en el reciente Código de Derecho internacional privado belga (2004). En ambos textos, su aceptación se limita a aquellos supuestos en que la competencia del juez se basa en la prorrogación efectuada por las partes. En el Derecho suizo la regla del *forum non conveniens* se desprende a *sensu contrario* del artículo 5.3, donde se indica que, en materia patrimonial, el tribunal suizo elegido por las partes no puede dejar de conocer del caso si una de ellas tienen su domicilio, residencia habitual o establecimiento en Suiza o si la ley suiza resulta aplicable para resolver el fondo del litigio. En el Derecho belga su formulación es más flexible y abierta ya que el artículo 6.2 del nuevo Código de Derecho internacional privado dispone que en las materias de libre disposición, el juez belga puede declinar la competencia que le ha sido atribuida por las partes si el litigio “no presenta una vinculación significativa” con Bélgica.. Dada la novedad de esta disposición en el sistema belga, ya que no existen precedentes de su aplicación por los tribunales<sup>112</sup>, habrá que ver cual será su interpretación en la práctica. Una, que de forma análoga a la

---

<sup>110</sup> R. A. Brand “ Forum selection and forum rejection in US Courts: one rationale for global choice of court Convention” en *Reform development of Private international law. Essays in honour of Sir. Peter North* Oxford: University Press, 2002 pp. 64- 73; R. Caro Gándara, “*Forum non conveniens* y el Convenio de Bruselas: quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional” *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995 pp. 59-62

<sup>111</sup> S. Guillemart “Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel: le droit québécois face aux droits français et euroéen” *Electronical Journal of comparative law*, june 2004 ( [www.ejcl.org](http://www.ejcl.org)); W.W. Park “Illusion and Reality in International Forum Selection” *Texas International Law Review*, 1995 pp.158-160

<sup>112</sup> A. Meinertzhagen-Limpens , “Les clauses d’exception en matiere de conflicts de lois et de conflicts de jurisdictions- Belgique” en D.Kokkini-Iatridou (edit.) *Les clauses d’exception en matière de conflicts de lois et de conflicts de jurisdictions- ou le principe de proximité* XIVe Congrès de droit comparé, Académie internationale de Droit comparé, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publ. 1994 p. 72-73

cláusula de excepción en el ámbito de los conflictos de leyes, se considere al artículo 6.2 una manifestación del principio de proximidad en el sector de la competencia judicial internacional. Otra que se le otorgue también una dimensión sustancial, de tal modo que el juez pueda tener en cuenta la no aplicación de la ley belga al fondo del litigio y la “vocación “ de una ley extranjera a regular el caso . Aunque quizás lo más verosímil sea pensar que la preocupación que subyace en esta disposición es evitar que el dinero de los contribuyentes y el tiempo de los tribunales belgas se “ malgaste” en litigios sin vinculación con el Estado belga.

El Derecho español ha permanecido al margen de esta corriente flexibilizadora de la prorrogación de competencia, lo cual redundará en una mayor seguridad y previsibilidad para los contratantes, ya que si la cláusula de elección de foro es válida, los tribunales españoles deberán conocer del caso con independencia del grado de conexión del litigio con el ordenamiento español o del interés que pueda tener otro Estado en conocer del litigio y controlar de este modo el respeto a sus normas internacionalmente imperativas. La principal dificultad que plantea el artículo 22.2 de la LOPJ (1985) es la falta de precisión de su ámbito material de aplicación, al señalar que los tribunales españoles son competentes “ con carácter general” cuando exista sumisión expresa o tácita de las partes, ya que no cabe entender que todas las materias, a excepción de las sujetas a foros de competencia exclusivos del artículo 22.1, entran dentro de su ámbito de aplicación..

42. El efecto derogatorio del pacto de sumisión también está sujeto a ciertos límites y condiciones. Los tribunales pueden rechazar la impugnación de su competencia formulada por el demandado en base a la existencia de una cláusula de elección de foro a favor de un tribunal extranjero siempre, claro está, que el tribunal ante el que se ha planteado la acción sea competente *ex lege*. En los Estados Unidos, a pesar de la discrecionalidad de que gozan los jueces para no reconocer una cláusula de elección de foro considerada injusta o no razonable ( § 80 *Restatement Second*), se observa una clara tendencia , a partir de la Sentencia del TS *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co* (1972) a admitir efectos derogatorios a la elección de un tribunal extranjero en el ámbito del comercio internacional siempre que la cláusula sea válida, desde un punto de vista formal y sustancial<sup>113</sup>. Esta evolución se ha producido de forma paralela a la progresiva admisibilidad de los convenios de arbitraje en materias intervenidas por normas de derecho público económico<sup>114</sup>. En Europa , las codificaciones suiza y belga a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior, también contienen disposiciones relativas a la *derogatio fori*, aunque con finalidades distintas. Conforme al artículo 7 del Código de Derecho internacional privado belga si las partes han elegido un tribunal extranjero, el juez belga llamado a conocer debe suspender el procedimiento, salvo que sea previsible que la decisión que finalmente adopte el juez elegido no pueda ser reconocida o ejecutada en Bélgica. o si de acuerdo con el artículo 11 la causa presenta vínculos estrechos con Bélgica o un proceso en el extranjero resulta imposible o no es razonable exigir que la demanda se presente ante el juez extranjero. La principal preocupación que aflora en este artículo es evitar el riesgo de una

---

<sup>113</sup> R. A. Brand *Op. Cit.* pp.59-62

<sup>114</sup> “*Scherk v. Albert Culver Co*” 417US (1974) en relación con legislación sobre títulos valores ; “*Mitsubishi Motors Co.v. Soler Chrysler-Plymouth Inc*” 473, US (1985) en relación con la legislación anti trust y “*Vimar Seguros y Reaseguros SA v. M/V Sky Reefer*” 515 US (1995) en relación con la ley sobre transporte marítimo de mercancías (COGSA). Vid. Ph. J. Mc Connaughay “The scope of autonomy in international contracts and its relation to economic regulation and development” *Columbia Journal of Transnational Law*, 2001 pp.597- 656

denegación de justicia a consecuencia de la aceptación de la declinatoria por parte de los tribunales belgas. En el artículo 5.2 de la Ley federal suiza de Derecho internacional privado la finalidad que se persigue es distinta; ya que se trata de evitar que en los contratos entre profesionales, la asimétrica posición negociadora de las partes pueda privar a una de ellas de forma inadmisiblemente y abusiva de la protección de su juez natural (= foro previsto por el derecho suizo).

43. La ausencia de regulación expresa en el Derecho español de los efectos derogatorios de la competencia de los tribunales españoles de las cláusulas de elección de un tribunal extranjero han dado lugar a una jurisprudencia variada que ha ido evolucionando desde una postura inicial contraria a la aceptación de la *derogatio fori*, basada en la vinculación de la jurisdicción a la soberanía nacional<sup>115</sup>, hacia posiciones más flexibles y matizadas. Al analizar esta evolución es necesario distinguir entre las decisiones que rechazan la impugnación de la competencia de los tribunales españoles realizada por el demandado, de las que la admiten, señalando en cada caso los argumentos utilizados. A los efectos de esta exposición se prescindirá de un error en el que incurren con frecuencia nuestros tribunales, consistente en ignorar la aplicación de los Convenios de Bruselas (1968) y de Lugano (1988) cuando el tribunal elegido por las partes es el de un Estado parte en dichos Convenios y el carácter “autosuficiente” del régimen de la prorrogación de competencia previsto en dichos Convenios<sup>116</sup>.

La admisión de la *derogatio fori* cuando las partes se han sometido a un tribunal extranjero, se ha fundamentado en una interpretación “recíproca” del artículo 22.2 de la LOPJ, además de la existencia de “vínculos razonables” con el tribunal elegido (Sent. de la Aud. Prov. de Palma de Mallorca de 13 octubre 1988<sup>117</sup>); o de las “exigencias derivadas del tráfico jurídico externo” y el respeto a la voluntad de las partes libremente expresada (Sent. del TS de 13 octubre 1993<sup>118</sup> y Sent. de la Au. Prov. de Castellón de 26.5.1997<sup>119</sup>); o, en ambos motivos a la vez. (Sent. de la Aud. Prov. de Madrid de 14 julio 2000<sup>120</sup>).

Los argumentos utilizados para rechazar la *derogatio fori* a pesar de la existencia de un pacto de sumisión válido se han fundamentado principalmente en: los vínculos entre jurisdicción y soberanía nacional (Sent. del TS de 30 de abril de 1990<sup>121</sup>); la ley

---

<sup>115</sup> Hasta principios de los años noventa el Tribunal Supremo se ha manifestado reiteradamente contrario a la validez del pacto de sumisión a un tribunal extranjero en base al “principio de que no es dable declinar la jurisdicción en favor de otra soberanía sin previo Tratado que lo permita por ser principio inconcuso derivado de la soberanía inherente a cada Estado el de la absoluta e indiscutible competencia en los negocios civiles que se susciten en su territorio cualquiera que sea la naturaleza de estos lo mismo entre nacionales que entre extranjeros”. Una de las últimas manifestaciones de este fundamento se encuentra en la Sentencia del TS de 30 de abril de 1990 *REDI*, 1990 pp. 606-612, nota A. Amores Conradi.

<sup>116</sup> Vid *supra* punto 39

<sup>117</sup> *REDI*, 1989 pp. 613-616, nota A. Borrás. En éste supuesto el tribunal inglés elegido por las partes coincidía con la nacionalidad británica de ambas, el lugar de firma del contrato y la ley aplicable al mismo.

<sup>118</sup> *REDI* 1994 pp. 301-304, nota J.J. Alvarez.

<sup>119</sup> *REDI* 1999 pp. 170. Señala el tribunal que “puesto que el art. 22.2 de la LOPJ admite libremente la cláusula de sumisión expresa cuando el sometimiento es a un juzgado español sería absurdo y perturbador para el tráfico externo que no la admitiese en cuanto a órganos judiciales extranjeros. Por lo tanto.... ya que no puede prescindirse de una realidad tan evidente como la de la creciente globalización del comercio internacional, en suma, la internacionalización del tráfico mercantil es incompatible con posturas radicalmente opuestas a la posibilidad de que, por así onstar en el contrato correspondiente, deban los nacionales españoles litigar ante tribunales extranjeros”.

<sup>120</sup> *REDI*, 2001, pp. 472-481 nota R. Arenas y *AEDIPr*, 2002, pp. 699-709, nota N. Bouza

<sup>121</sup> Vid. *Supra* nota (115)

aplicable al fondo del litigio ( Sent. de 20 julio 1992<sup>122</sup>; y las cláusulas generales de “abuso de derecho , fraude de ley y fraude procesal” ( Sent. del TS de 10 noviembre 1993<sup>123</sup>, S. Aud. Prov. de Barcelona de 15 febrero 1994<sup>124</sup>, Sent. de la Aud. Prov. de Málaga de 21 mayo 1994<sup>125</sup> y Sent. de la Aud. Prov. De Vizcaya de 15 marzo 2002<sup>126</sup>). Este último bloque de decisiones merece una especial atención porque , al margen de su mayor importancia numérica, está consolidando una línea jurisprudencial que , en base a los artículos 11.2 de la LOPJ y 7 del CC, considera “abusivo o fraudulento” el comportamiento del demandado que, a pesar de estar domiciliado en España (juntamente o no con el demandante) pretende sustraerse de nuestros tribunales, alegando un pacto de sumisión a los órganos judiciales de otro Estado. De forma casi automática y poco matizada, se afirma que cuando se emplaza al demandado ante los tribunales de su domicilio se le facilita el derecho de defensa y se aplica el fuero que más le conviene, de modo que al no aceptar esta jurisdicción muestra con su conducta un interés dilatorio y obstruccionista del proceso que no debe ser amparado por el derecho.

Presumir que el interés del demandado consiste en poder defenderse ante los tribunales españoles por el simple hecho de estar domiciliado en España , sin tener en cuenta los motivos que han impulsado al demandante a presentar su demanda ante los tribunales españoles en contra de lo previsto en la cláusula de elección de foro o las dificultades con las que se pueda enfrentar el reconocimiento y ejecución en España de la decisión del tribunal elegido, supone inmiscuirse en las relaciones voluntaria y libremente asumidas por las partes sin que exista ninguna razón vinculada al orden público o al interés general que justifique dicha intervención. Cuestión distinta , y que no siempre se distingue con claridad, es que si las partes en el momento de adoptar la cláusula no gozaban del mismo poder negociador y una de ellas se vio impelida a aceptar la sumisión al tribunal previsto en las condiciones generales redactadas unilateralmente por la otra parte , el juez tome en consideración este hecho y prive de efectos a la mencionada cláusula. Esta es la finalidad del artículo 5.2 de la Ley federal suiza de Derecho internacional privado (1987) a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, pero que en ningún caso constituye el fundamento de las sentencias relatadas. En definitiva no es la misma, la situación de aquel que se ha adherido a un contrato en el que se incluye una cláusula de sumisión sin que haya tenido oportunidad de negociarla y otra muy distinta la de aquel que habiendo sido informado oportunamente de la existencia y significado de esta cláusula la aceptado libremente. El primero necesita protección, el segundo no.

---

<sup>122</sup> *REDI* 1993 pp. 445-453 nota S. Alvarez. En esencia , las partes tenían sus respectivos domicilios en Bélgica ( demandante) y España (demandado) , el contrato se hallaba vinculado exclusivamente a estos dos Estados y contenía unas cláusulas de elección de ley y de elección de foro a favor de la ley alemana y de los tribunales alemanes. El motivo básico para rechazar la declinatoria interpuesta por el demandado fue que la elección de la ley alemana era contraria al art. 10.5 del CC ya que no existía vinculación alguna entre la ley elegida con las. partes o con el contrato y que la competencia de los tribunales alemanes estaba condicionada a que la ley alemana fuese la aplicable al fondo del litigio . Esta invocación al *forum legis* debe ser rechazada, ya que una cosa es tener en cuenta, entre las distintas circunstancias del caso, la ley aplicable al fondo del litigio a la hora de valorar los intereses en presencia y los vínculos con el Estado cuyos tribunales han sido elegido y otra distinta es fundamentar toda la argumentación en este factor.

<sup>123</sup> *REDI* 1994 pp. 388-393, nota S. Alvarez

<sup>124</sup> *REDI* 1995 pp. 211-217, nota R. Arenas

<sup>125</sup> *REDI* 1996 pp. 287-294 , nota de Fdo. Esteban de la Rosa

<sup>126</sup> *REDI* 2003 pp. 378-384, nota S. Alvarez

44. Este recorrido por los principales motivos que los tribunales de distintos países tienen en cuenta a la hora de valorar los efectos de las cláusulas de elección de foro validamente celebradas sobre su competencia, muestra que, la eventual incidencia de dichas cláusulas en la realización de los objetivos de política económica y social del Estado llamado a pronunciarse en sede de declinatoria, no suele estar presente entre los distintos elementos que se toman en consideración. Este resultado, inclina a compartir la percepción de una parte de la doctrina contemporánea de que, fuera de aquellas materias en que el legislador de forma expresa limita o excluye la admisibilidad de las cláusulas de elección de foro, la libertad de las partes para elegir el tribunal competente debilita la eficacia de las normas internacionalmente imperativas. Ante ello, la última oportunidad que tienen los Estados para exigir el respeto a sus normas internacionalmente imperativas en los contratos entre profesionales es el control de la sentencia pronunciada por el tribunal elegido en sede de *exequatur*. Pero para ello será necesario que el resultado derivado del incumplimiento de sus normas internacionalmente imperativas revista tal gravedad que quepa subsumirla en la noción de orden público internacional. Por último, cabe preguntarse cuál será el impacto que sobre la problemática analizada en esta última parte del curso tendrá el Anteproyecto de la Haya sobre los acuerdos exclusivos de elección de foro, en el caso de que llegue a adoptarse en su versión actual.

#### **4. El Anteproyecto de Convenio de la Haya sobre acuerdos exclusivos de elección de foro**

45. Esta aproximación al Anteproyecto de convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro<sup>127</sup> pretende únicamente comprobar si el control de los Estados sobre la aplicación de sus normas de orden público e internacionalmente imperativas resulta reforzado en el texto propuesto o si, por el contrario se mantiene la situación actual. Desde la perspectiva de este estudio los aspectos del Anteproyecto que interesan destacar son las cuestiones relativas a su ámbito material de aplicación ( artículos 2, 6 y 10); la obligación del juez elegido de conocer del caso (artículos 5 y 18); la obligación del juez no elegido de abstenerse de conocer ( artículo 7 ); y la obligación general de reconocimiento y sus excepciones (artículo 9)

46. El Anteproyecto se aplica únicamente a las cláusulas de elección de foro exclusivas en contratos internacionales entre profesionales en los que se designa un tribunal o los tribunales de un Estado contratante. Por consiguiente, la mayor parte de las materias que en Derecho estatal, convencional o comunitario, son objeto de foros de competencia exclusivos, imperativos o de protección quedan fuera de su ámbito de aplicación. Así mismo, se hace una referencia expresa a los contratos de transporte marítimo de mercancías y de pasajeros. El motivo es la presencia en dichos convenios sobre derecho uniforme de normas de competencia judicial internacional que limitan los pactos de sumisión, como se ha tenido ocasión de comprobar. Cabe sin embargo preguntarse porqué se hace referencia únicamente a los transportes marítimos, habida cuenta que también otros convenios sobre transportes aéreo, por carretera o por ferrocarril contienen disposiciones análogas<sup>128</sup>. En estos casos, su exclusión del ámbito de aplicación Anteproyecto tendrá lugar vía artículo 23 (relaciones con otros

---

<sup>127</sup> El texto utilizado es el Doc. Trav. No 110 F revisé, de la Comisión especial sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y comercial, distribuido en mayo 2004 y accesible en la página Web de la Conferencia de la Haya (<http://hcch.net>)

<sup>128</sup> Vid *supra* punto 38

instrumentos internacionales). La larga lista de materias excluidas es el resultado de un equilibrio entre la necesidad de reforzar la eficacia de las cláusulas de elección de foro en el comercio internacional a la vez que se mantiene el control que a través de los foros exclusivos, imperativos y de protección los Estados ejercen sobre materias vinculadas a sus políticas económicas o sociales.

La exclusión de una materia del ámbito de aplicación del futuro Convenio no significa que el tribunal elegido por las partes no puedan conocer de las mismas a título incidental ( p.e cuando en el marco de un litigio por incumplimiento de una cláusula contractual se invoca su contrariedad con el derecho de la competencia o cuando en un proceso por daños y perjuicios se impugna la validez de la patente transmitida al licenciataria), lo que ocurre es que su decisión al respecto no será reconocida y ejecutada en virtud del Convenio ( artículo 6, en relación a los derechos de propiedad industrial y artículo 10.1 en general)

47. El artículo 5 parte de la obligación del tribunal o tribunales designados por las partes de conocer del litigio, salvo que el acuerdo de elección de foro sea nulo según su derecho (incluidas las norma de derecho internacional privado<sup>129</sup>). El Convenio solo regula directamente los requisitos de validez formal, utilizando para ello un criterio más resytrictivo que el previsto en el artículo 23 del Reglamento 44/2001, así como la autonomía de la cláusula de elección de foro respecto del contrato base (artículo 3 (c) y (d)). El tribunal elegido no puede declinar su competencia, aunque considere que los tribunales de otro Estado contratante son más apropiados para conocer del caso. Sin embargo los Estados pueden formular una reserva a esta prohibición de que sus tribunales se declaren *non conveniens*, declarando que sus tribunales dejarán de conocer de los litigios cubiertos por un acuerdo de elección de foro cuando no exista ningún vínculo entre el lugar de situación del tribunal elegido y las partes o el litigio <sup>130</sup>. Nótese, que aunque esta reserva debilita la eficacia de las cláusulas de elección de foro y por la tanto de uno de los principales objetivos del Convenio, se trata de una excepción a la prórroga de competencia por razones exclusivamente de “proximidad espacial” sin que sea posible alegar otro tipo de motivos (dificultades derivadas de la técnica conflictual y de la aplicación de un derecho extranjero)<sup>131</sup>

48. El artículo 7 es, junto con el artículo 5, la piedra angular del futuro Convenio, ya que intenta evitar que tribunales distintos al elegido conozcan del litigio. Si un tribunal no elegido es llamado a conocer del caso debe suspender el procedimiento o inhibirse. Este principio básico, sin embargo sufre alguna excepciones (artículo (a)-(e)). De entre ellas sólo me referiré a dos: la nulidad del acuerdo de elección de foro en virtud de derecho del país del tribunal elegido (artículo 7(a) ) y la posibilidad de que el acuerdo conduzca a una injusticia muy grave o sea manifiestamente contrario a los principios fundamentales del orden público del Estado al que pertenece el tribunales llamado a conocer del litigio (artículo 7 (c)) .

La obligación de que el juez llamado a conocer aplique la ley del juez elegido para determinar si el acuerdo es nulo, tiende a garantizar la armonía de soluciones y evitar

---

<sup>129</sup> “Informe M.Dogauchi Informe M.Dogauchi/T.C.Hartley en Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado”. *Doc. Prél. No. 26*, diciembre 2004 “La expresión “derecho del Estado” incluye las reglas de derecho internacional privado así como sus reglas de derecho interno” p. 26

<sup>130</sup> A. Borrás indica que la introducción de esta reserva constituye sin duda una concesión a los Estados Unidos, “Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado. Comisión especial para la preparación de un Convenio sobre cláusulas exclusivas de elección de foro ( 1 a 9 de diciembre de 2003), *REDI*, 2003, 2 p. 1125.

<sup>131</sup> Vid *supra* punto 41

que un mismo acuerdo de elección de foro sea valorado de distinto modo por el juez elegido y por el juez llamado a conocer, con el riesgo de que el primero lo considere válido y el segundo nulo y que, por consiguientes, ambos se consideren competentes para conocer de un mismo litigio.

La excepción prevista en el artículo 7 (c) ofrece un notable interés ya que ofrece criterios susceptibles de ser aplicados a alguno de los aspectos tratados en esta última parte del estudio.

Bajo la expresión “injusticia muy grave” se podrían incluir aquellos contratos o aspectos de un contrato que, en el Estado al que pertenece el juez no elegido ante el que se ha presentado la demanda, son competencia exclusiva de sus tribunales. Imaginen un contrato de agencia entre una sociedad americana y un agente español con domicilio en España en el que se incluye un cláusula de elección de foro a favor de los tribunales de Nueva York. Si a pesar de dicha cláusula el agente interpone una demanda ante un tribunal español éste podría conocer del litigio siempre, claro está, que se considere que la Disposición adicional de la Ley 12/1992 del contrato de agencia reviste la doble naturaleza de norma de competencia territorial y de norma de competencia judicial internacional<sup>132</sup>. Otro supuesto imaginable en que cabría recurrir a la noción de “injusticia manifiesta” sería aquel en que la cláusula de elección de foro designara un tribunal respecto del cual existen fundadas sospechas de corrupción o de falta de imparcialidad.

Así mismo, cabría incluir bajo la noción de “contrariedad manifiesta con los principios fundamentales de orden público del Estado del tribunal llamado a conocer” aquellos supuestos en que las partes eligen los tribunales de un Estado cuyas normas de Derecho internacional privado no prevén o no les permiten aplicar las normas internacionalmente imperativas del Estado ante el cual se ha planteado la acción. Esta excepción a la competencia del tribunal elegido permitiría al tribunal no elegido conocer del litigio, siempre que existiese un riesgo de contrariedad de la sentencia dictada por el tribunal elegido con las normas internacionalmente imperativas de origen interno o comunitario de su propio ordenamiento.. De este modo se podría reaccionar ante la eventual “fuga” hacia tribunales de Estados no comunitarios en situaciones como las contempladas en el asunto *Igmar* u otros análogos<sup>133</sup>. Ahora bien, conforme al texto del Anteproyecto, la sentencia dictada por el tribunal llamado a conocer en base a alguna de las excepciones previstas en el artículo 7 (a)-(e) no queda amparada por el régimen de reconocimiento y ejecución previsto en el mismo.

49. Los Estados contratantes sólo pueden denegar el reconocimiento y ejecución de las decisiones del tribunal elegido cuando concurren alguno de los motivos expresamente previsto en el Anteproyecto. Existe un notable paralelismo entre los motivos que permiten conocer del litigio al tribunal no elegido ( artículo 7 (a)-(e) ante el cual una de las partes en el contrato plantea la demanda y los motivos que permiten rechazar el reconocimiento y ejecución de la sentencia pronunciada por el tribunal elegido (artículo 9 (a)-(f). Así , p.e. si el motivo de no reconocimiento es la nulidad del acuerdo de elección de foro, la ley aplicable continua siendo el derecho del Estado al que pertenece el juez elegido. Por lo que respecta al motivo tradicional de no reconocimiento de las sentencias extranjeras por contrariedad con el orden público del Estado requerido, cabe considerar, sobre la base del paralelismo que existe entre la excepción prevista en el artículo 7 (c) en sede de declinatoria y del artículo 9 en sede de reconocimiento y nulidad, que la “manifiesta incompatibilidad con el orden público” a

---

<sup>132</sup> Vid *supra* nota.(109)

<sup>133</sup> Vid *supra* punto 36

que se refiere el artículo 9 (e), permite al tribunal requerido oponerse al reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada por el tribunal elegido si es contraria a las disposiciones internacionalmente imperativas del foro, incluidos aquellos supuestos en que el derecho del Estado requerido atribuye a sus tribunales competencia exclusiva para conocer del litigio.

50. El texto del Anteproyecto de Convenio analizado pone de relieve la preocupación por hacer compatibles, por un lado, el respecto a la elección efectuada por las partes en un contrato internacional, eliminando algunos de los motivos que en ciertos sistemas jurídicos, en especial los Estados Unidos, permiten al tribunal elegido rechazar la competencia que le ha sido atribuida por las partes o al tribunal no elegido conocer del litigio a pesar de la existencia de una cláusula de elección de foro válida y por el otro, la posibilidad de que el tribunal llamado a conocer o el tribunal requerido a reconocer y ejecutar la sentencia pronunciada por el tribunal elegido, puedan rechazar los efectos negativos de las cláusulas de elección de foro sobre la aplicación de sus normas internacionalmente imperativas.