

Doctrinas conflictualistas, codificación y contratación internacional¹

[Conflict of law doctrines,
codification and international contracts]



JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ
Profesor de Derecho internacional Privado
del Centro Universitario Villanueva

Fecha de recepción: 7 junio de 2013.

Fecha de aceptación: 1 de julio de 2013.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN ■ II. SOLUCIONES EN LA METODOLOGÍA BILATERALISTA ■ 1. Localización cuantitativa ■ 1.1. Localización objetiva del contrato ■ 1.2. Principio de proximidad ■ 2. Localización funcional: autonomía conflictual ■ 3. Localización cualitativa ■ 4. Localización material ■ III. SOLUCIONES EN LA METODOLOGÍA UNILATERALISTA ■ 1. Unilateralismo global ■ 2. Unilateralismo parcial ■ 2.1. Normas imperativas de la *lex fori* ■ 2.1.1. Noción ■ 2.1.2. Normas de extensión ■ 2.2. Normas imperativas de terceros Estados ■ 2.2.1. Corrientes neoconflictualistas ■ 2.2.2. La doctrina de la conexión especial ■ CONCLUSIONES.

1. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER 2009-11702 (Subprograma JURI) «Daños internacionales especiales».

Resumen

La importancia que presenta la cuestión metodológica en la reglamentación del tráfico jurídico externo está en estrecha relación con la constante evolución del Derecho internacional privado. Este artículo analiza las principales construcciones conflictualistas europeas que han aspirado a abordar, desde la perspectiva del sector del conflicto de leyes, las cuestiones atinentes a la reglamentación del contrato internacional. En particular, el autor se ocupa de las diferentes soluciones doctrinales que se han ofrecido en el marco de la metodología bilateralista, unilateralista, o a través de la combinación de ambas. Lejos de tratarse de un trabajo de corte exclusivamente dogmático, el análisis de las diferentes construcciones permite concluir al autor sobre las bondades de la fuerte imbricación entre el *corpus* doctrinal y normativo, de mano de la respectiva consagración positiva de dichas doctrinas en las codificación nacional, internacional y europea.

Palabras claves

Derecho aplicable, bilateralismo, unilateralismo, localización, contrato internacional.

Abstract

The importance of the methodological question regarding the regulation of cross-border legal relationships is closely linked to the continuous evolution of International Private Law. This work analyzes the main european conflict constructions that have tackled, from a conflict-of-law perspective, questions regarding the international contract regulation. In particular, the author focuses on the different doctrinal solutions given in the framework of bilateral and unilateral methodology, or through the combination of both. Far from being an exclusively dogmatic work, the analysis of the different constructions allows the author to conclude about the virtues of the strong interdependence between the doctrinal and normative corpus, by the hand of the positive recognition of the said doctrines in the national, international and european codification.

Keywords

Conflict of law, multilateralism doctrine, unilateralism doctrine, relationships localisation, international contract.

I. INTRODUCCIÓN

1. La importancia que presenta la cuestión metodológica en el Derecho internacional privado (DIPr) está íntimamente ligada a la nota de historicidad de la que participa la disciplina². El DIPr está en constante evolución y renovación, lo que enseña que no es posible situarse ante él prescindiendo de su pasado, haciendo caso omiso de su anterior proceso de formación. Prueba de lo que decimos es que hasta no hace un poco más de una centuria el DIPr constituía una rama jurídica esencialmente doctrinal, fruto de una comunidad de pensamiento, inclinada a formulaciones abstractas. Dato, este último, que explica que todo lo que haga referencia al método haya adquirido en DIPr un interés extremado³. Sin embargo, la importancia del método continúa siendo un dato relevador de la evolución que ha experimentado el DIPr desde finales del siglo XIX hasta la actualidad. Evolución que podría simplificarse a partir de la tensión entre la tendencia moderna a la estatalización y la postmoderna convergencia en fenómenos de integración⁴. Precisamente, las transformaciones que han experimentado la sociedad internacional, las ideologías y la aceleración del proceso de globalización condicionan los objetivos y los nuevos enfoques desde los que se aborda la reglamentación del tráfico jurídico externo.

2. Un banco de prueba de lo señalado hasta ahora lo constituye claramente el sector de la contratación internacional. No es nuestro propósito detenernos a examinar las causas y las consecuencias de este cambio progresivo en este ámbito del DIPr⁵. Las líneas que ocupan el presente trabajo tienen otra dimensión bien distinta. A primera vista pudiera parecer de corte dogmático y formalista, en la medida en que su objeto se limita al análisis de las principales construcciones conflictualistas⁶, surgidas en la Europa continental a lo largo de la pasada centuria, que aspiran a abordar, desde la perspectiva del sector del conflicto de leyes, las cuestiones atinentes a la reglamentación del contrato internacional. Sin embargo, una lectura atenta de la codificación nacional (art. 10.5 Cc), convencional (Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)⁷ e institucional (Reglamento num. 593/2008, de 17 de julio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales)⁸, pone de relieve como, a excepción de ciertas posiciones obcecadas

2. Sobre los caracteres de la historicidad y la actualidad, cf. ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado Elemental de Derecho internacional privado*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2008, pp. 58-63.

3. Cf. AGUILAR NAVARRO, M., *Lecciones de Derecho internacional privado. Introducción y parte general*. vol. I, t. I., 2ª ed., Madrid, 1966, p. 14.

4. Sobre el proceso de estatalización y el fenómeno de integración, cf. ARENAS GARCÍA, R., «El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes», *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gazteiz*, 2007, pp. 19-94, esp. pp. 25-31.

5. En relación con esta dimensión, cf. ESPINAR VICENTE, J. M., «Contratación internacional y globalización. Autonomía material, autonomía conflictual y marco imperativo», *Actualidad Civil*, n° 11 (junio 2012), pp. 1184-1215, esp. pp. 1184-1193.

6. Para un estudio crítico de la doctrina conflictualista, sea en su variante multilateralista o unilateralista, como enfoque para la reglamentación de la contratación internacional, vid. por todos JUENGER, F. K., y SÁNCHEZ LORENZO, S., «Conflictualismo y lex mercatoria en el derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, n° 1, 2000, pp. 15-47, esp. pp. 19-29.

7. BOE num. 171, de 19 de julio de 1993; corrección de errores en BOE num. 189, de 9 de agosto de 1993. En adelante, CR.

8. DOUE num. 177, de 4 de julio de 2008. En adelante, RRI.

en explicar la complejidad de la cuestión desde una sola de las perspectivas metodológicas, en el transcurso de dichos textos normativos encuentran su positivación no pocas posiciones doctrinales que basan su construcción por medio de soluciones conflictuales. A tal fin se dirige el propósito del presente trabajo. El análisis de los diversos enfoques conflictualistas y su incidencia en la realidad normativa del sector objeto de estudio. Dicho trabajo se realizará siguiendo el corte clásico que parte de las dos formas de percibir la cuestión, lo que nos llevará a distinguir entre las soluciones que se imbrican en la metodología multilateralista (II) y las que se ubican dentro del enfoque unilateralista (III). El análisis de las diferentes construcciones permitirá concluir sobre las bondades de la fuerte imbricación entre el *corpus* doctrinal y normativo (IV).

II. SOLUCIONES EN LA METODOLOGÍA BILATERALISTA

3. El pluralismo metodológico aceptado desde hace algo más de cincuenta años no se reduce solamente a reconocer la variedad, complementariedad e interacción de las técnicas de reglamentación (bilateral-unilateral-sustantiva) para la regulación de las relaciones de tráfico externo, ni tampoco se limita a afirmar la variedad de métodos de coordinación⁹. Abarca, igualmente, la diversidad de opciones y soluciones posibles de regulación en el seno de un mismo enfoque metodológico¹⁰. Desde la perspectiva del método bilateral, la evolución de la construcción doctrinal de F.K. von Savigny hasta nuestros días traduce diversas variantes de la noción «localización» de la relación jurídica. En la actualidad, la localización deviene, dentro de la arquitectura multilateral, una noción polisémica en la medida en que su contenido constituye una variable dependiente de los objetivos de política legislativa a satisfacer¹¹. En este sentido, cabe hablar de localización *cuantitativa*, localización *cualitativa*, localización *material* y localización *funcional*. Como vamos a ver, a continuación, cada una de estas variantes expresa un enfoque diverso del método bilateral, participando de los caracteres que le son de suyo propio, lo que no es óbice para que, en no pocos casos¹², se complementen.

1. Localización cuantitativa

4. La localización cuantitativa es la variante que deduce la determinación de la ley aplicable pensando más en la ambientación social del supuesto de tráfico externo, es decir, donde se localizan la mayoría de los elementos que la integran¹³. El

9. Cf. PICONE, P., «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit international privé», *R. des C.*, t. 276, 1999, pp. 9-296, esp. pp. 26-27.

10. Cf. LAGARDE, P., «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *R. des C.*, t. 196, 1986, pp. 9-238, p. 49.

11. Cf. PATOCCHI, P., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel (de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe)*, Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie, 1985, pp. 231-240.

12. Por ejemplo, las normas de conflicto sobre contratos con consumidores presentan una fisonomía ecléctica, en la medida en que traducen la diversidad de enfoques de localización: «cualitativa», al tomar en consideración el ámbito de aplicación espacial de la normativa del foro; «material», al elevar al plano conflictual el criterio material común de protección; «cuantitativa», al expresar el criterio de conexión objetivo la ley más vinculada con la situación; y «funcional», al satisfacer el interés de las partes, estatal y del comercio internacional.

13. Cf. BATIFFOL, H., y LAGARDE, P., *Traité de Droit international privé*, t. I, 8ª ed., Paris, LGDJ, 1983, pp. 446-447.

enfoque cuantitativo deviene satisfactorio en relación con la localización de instituciones que no cumplen especialmente una función social básica, en el bien entendido de que no atraen el interés del Estado en ver sus normas aplicadas. La explicación es bien sencilla, pues a medida en que decrece la imperatividad de las normas más difícil resulta identificar su ámbito de aplicación espacial y, por tanto, la posibilidad de tenerlas en cuenta en el criterio de conexión de la norma de conflicto bilateral. Por esta razón el enfoque cuantitativo constituye normalmente en el ámbito contractual la técnica de localización idónea de todos aquellos contratos que reciben en el tráfico interno una regulación que se inspira en el modelo liberal. Actualmente, la localización cuantitativa se identifica en un sistema dualista en la búsqueda de la *proper law* a través del «principio de proximidad», si bien esta realidad no debe empañar la incidencia que ha tenido en un pasado la teoría monista de la localización objetiva del contrato.

1.1. Localización objetiva del contrato

5. La teoría de la localización objetiva del contrato se debe a H. Batiffol¹⁴, quien trató de formular un sistema unitario de determinación de la *lex contractus* basado en la supeditación de la autonomía conflictual a la localización previa del contrato. A juicio del insigne jurista francés, pese a ser una creación inmaterial, una creación del espíritu, el contrato se manifiesta a través de diversos elementos materiales (lugar celebración, lugar de ejecución, la nacionalidad de las partes, el domicilio, etc.) que permiten a las partes su localización entre alguno de los sistemas jurídicos vinculados, posibilitando a los jueces la rectificación del escogido en caso de que otro ordenamiento jurídico tuviera un vínculo más serio con el contrato¹⁵. Varios sistemas estatales han seguido esta teoría¹⁶, entre las que se halla la le-

14. Cf. BATIFFOL, H., «Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé», en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. I, 1960, pp. 39-58. La tesis de H. Batiffol parte del presupuesto de que por encima de la voluntad de las partes existe una localización previa ideal de los negocios jurídicos. Su tesis supuso un paso al frente respecto de las doctrinas objetivistas que alegaban que la voluntad de las partes solamente podía tener efectos jurídicos en la medida en que la ley lo permitiese. Por tanto, se tendría que determinar primero el ordenamiento jurídico a través de una conexión objetiva para poder preguntarse en un estadio posterior en qué grado las normas allí contenidas permitían la autonomía individual. En suma, como señala LEIBLE, S. («La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de contratos internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 1, 2011, pp. 214-233 p. 216), la elección efectuada por las partes no se concebía más que como una simple incorporación por referencia. La negación de la función conflictual a la autonomía privada explica, como indica PATOCCHI P. M. (*Règles de rattachement localisatrices...*, *op. cit.*, pp. 90-91), justifica el carácter monolítico o unitario del objetivismo puro, preocupado por determinar la sede del contrato únicamente a través de una conexión objetiva sin que la voluntad juegue un papel determinante. A lo más, veían en la voluntad de las partes la concreción de una conexión previa elección del domicilio, del lugar de cumplimiento o de la celebración del contrato.

15. Concretamente, como indica BATIFFOL, H. («Subjectivisme et objectivisme...», *loc. cit.*, p. 53), «*Le rôle propre des parties est de localiser leur contrat, en spécifiant au besoin celui des éléments qui dans l'économie de leurs opération, telle qu'elles la conçoivent, lui crée le lien le plus sérieux avec l'un des systèmes juridiques en cause. Le juge en déduit la loi applicable. Celle-ci n'est donc pas l'objet d'une stipulation, elle est applicable en raison des faits (...) qui comprennent la volonté des parties (...) mais elle est applicable comme une loi, avec les conséquences qui s'ensuivent*».

16. Desde una perspectiva de derecho comparado, *vid.* también el art. 25 de la Ley polaca de DIPr, de 12 de noviembre de 1965 y el art. 41.2 Cc portugués.

gislación española a través del art. 10.5 Cc¹⁷: «se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate». Como señala M. Virgos Soriano¹⁸, bastaría que el contrato se conecte con la ley elegida a través de sus elementos personales (nacionalidad, domicilio, o residencia, sede o establecimiento, de las partes), materiales (ejecución del contrato, celebración, situación del objeto del contrato), o incluso por su relación directa con otro contrato sometido expresamente a ese Derecho.

6. Como indica O. Casanovas y la Rosa¹⁹, el objetivismo de H. Batiffol no tardaría en ser contestado. Es el caso de E. Rabel²⁰, quien le acusa de reducir excesivamente la elección de las partes a una simple localización; como de P. Louis-Lucas²¹, quien considera que las partes se sorprenderían mucho si les dijeran que, en lugar de determinar el estatuto contractual, al elegir lo que realmente hacen es localizar el contrato. Pero, sin duda, la principal objeción a la teoría de la localización objetiva reside en la incertidumbre que puede entrañar el rechazo por el juez de la designación realizada por los contratantes²². Precisamente, esta dependencia tan fuerte a la decisión de los tribunales llevaría más adelante a H. Batiffol a conceder a la voluntad de las partes un papel tan directo en la determinación del Derecho aplicable que en la doctrina se llega a hablar de *théorie de la localisation subjective* para referirse a aquélla²³. La idea de localización termina diluida en la doctrina de H. Batiffol al entender que la existencia de un vínculo con un sistema jurídico debía ser entendido sin rigidez, es decir, «*non pas seulement la constatation d'un évènement spatial*»²⁴, bastando para ello con un vínculo jurídico –cláusula de arbitraje o cláusula de *electio fori*–.

7. Este giro conduce a que, en lugar de la verificación de la existencia de un vínculo objetivo, el juez constate la existencia de un interés razonable o legítimo

17. En España siguiendo la doctrina de los índices de localización, cf. PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La ley aplicable al fondo de las obligaciones contractuales en el Derecho internacional privado español», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1967, pp. 17-35.

18. *Id.*, «Artículo 10.5º», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2º, 2ª ed, Madrid, Edersa, 1995, p. 638.

19. *Id.*, «La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXIX, 1976, p. 1008.

20. *Id.*, *The Conflict of Laws (A Comparative Study)*, vol. II, 2ª ed., Chicago, Ann Arbor, 1960, p. 367.

21. *Id.*, «La liberté contractuelle en Droit international privé français», *Mélanges J. Dabin*, Bruselas, Bruylant, 1963, p. 743) señala: «*n'admettre (aux parties) que leur seul pouvoir de localiser leur contrat conduirait nécessairement à l'une ou l'autre des deux conclusions suivantes. Ou bien on pensera qu'elles ne peuvent pas localiser où bon leur semble, masi suelement en un lieu avec lequel leur opération possède des attaches effectives, et il faudra reconnaître que la loi d'autonomie ne constitue pas un rattachement indépendant. Ou bien on pensera qu'elles peuvent localiser où bon leur semble et il apparaît superflu de recourir au biais qui consiste à estimer qu'elles n'ont que la faculté de suggérer, alors qu'en réalité, elles décident*».

22. CASANOVAS y LA ROSA, O., «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, p. 1008. También IMHOFF-SCHEIER, A.-C., *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie. S. A., 1981, p. 75.

23. HEUZE, V, *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, Paris, GLN Joly éd., 1990, p. 149.

24. *Ibid.*, «Subjectivisme et objectivisme...», *loc. cit.*, p. 54.

en la elección²⁵. Como apuntan F. Déby-Gerard, F.²⁶ y A.-C. Imhoff-Scheier²⁷, este tránsito hacia el interés legítimo desligado totalmente de vínculos territoriales u objetivos, apoyado en consideraciones racionales o psicológicas, terminaría difuminándose como un auténtico límite. Al expresar la idea del interés común y racional de las partes en que un ordenamiento determinado rija sus relaciones, lo que podía satisfacerse con la elección de una ley neutra, más que un límite a la autonomía conflictual el interés legítimo pasaba a ser una condición implícita de su fundamento y, en consecuencia, el final de la localización objetiva del contrato. No resulta sorprendente, por este motivo, que la solución vigente hoy en las codificaciones de DIPr nacional, convencional y europea sea la de descartar no sólo la exigencia de un vínculo objetivo o espacial entre el contrato y la ley elegida, sino también cualquier vínculo racional, al considerarse, este último, implícito en el mismo punto de conexión subjetivo²⁸. Como vamos a tener ocasión de ver, la tendencia apunta hacia el reconocimiento del importante papel que juega la autonomía conflictual para que las partes sometan su contrato a la regulación de cualquier ordenamiento jurídico, aún cuando no presente ninguna vinculación con la situación²⁹.

1.2. Principio de proximidad

8. El principio de proximidad, expresado a través de una directiva general de aplicación de la ley del país que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica, ha permitido a las posiciones bilateralistas responder a los reproches dirigidos a la norma de atribución de ofrecer, por lo general, soluciones abstractas, artificiales y sin ningún contacto con la realidad³⁰. Dicho principio, que centra todo su interés en la auténtica ambientación social del supuesto, supuso también el desplazamiento de la naturaleza jurídica de la relación (principio formal savignyano) en beneficio de la noción de la sede³¹, que queda elevada al rango de principio material en la búsqueda de las soluciones más apropiadas³². Precisamente, su consagración como concepto autónomo del DIPr, al margen de cualquier consideración de De-

25. En el derecho comparado es posible ver algún ejemplo del requisito del interés legítimo en el § 187 (2) (a) del Segundo *Restatement* al requerir una base razonable para la elección de las partes, lo que concurre cada vez que el Derecho elegido está suficientemente desarrollado o bien porque las partes lo conocen bien. En la práctica jurisprudencial comparada, igualmente, se debe mencionar en Inglaterra el asunto *Vita Foodv Products Inc. v Unus Shipping Co.*, exigiendo que la elección fuera *bona fide and legal*. En Suiza, la Sent. Tribunal federal, de 1965 *Ades* declarando suficiente que las partes tuviesen intereses legítimos en la ley elegida.

26. *Id.*, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, Paris, 1973, p. 251.

27. *Id.*, *Protection du consommateur...*, *op. cit.*, p. 80.

28. *Vid. infra*, apartado B del presente epígrafe: localización funcional: autonomía conflictual.

29. *Vid.* la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de Basilea, de 31 de agosto de 1991. Asimismo, *vid.* VON OVERBECK, A. E., «L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé», en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1995, pp. 619-627.

30. LAGARDE, P., «Le principe de proximité dans...», *loc. cit.*, p. 39.

31. *Cf.* ESPINAR VICENTE, J. M., *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1997, p. 81. LAGARDE, P., «Le principe de proximité...», *loc. cit.*, pp. 29-30. Sobre el impresionismo jurídico, *vid.* LOUSSOUARN, Y., «Cours Général de Droit international privé», *R. des C.*, t. 139, 1973, pp. 269-386, p. 338.

32. *Cf.* BUCHER, A., «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», *R. des C.*, t. 239, 1993, pp. 9-116, PATOCCHI, P., *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, pp. 213-218.

recho material³³, permitió que se hablara en términos de la búsqueda de la justicia conflictual³⁴.

9. En lo que al ámbito de la contratación internacional se refiere, el principio de proximidad tuvo su primera acogida en la jurisprudencia³⁵. Posteriormente, su consagración positiva en la codificación para designar la ley aplicable al contrato internacional en un sistema dual³⁶, esto es, en defecto de elección expresa o tácita por las partes. Una manifestación clara lo representa el art. 4 CR. El citado precepto es la expresión positiva de un principio general de DIPr, el principio de proximidad, cuyo programa normativo se expresa a través del mandato de aplicación de la ley del país que presente los vínculos más estrechos con la situación³⁷. Esto supone, como señala P. Lagarde, que «*le rattachement se fera concrètement en examinant toutes les circonstances de l'espèce*»³⁸. Corresponde al operador jurídico determinar caso por caso el país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos, valorando todas las circunstancias del supuesto. Precisamente, el inconveniente que presenta la generalidad y flexibilidad del principio de proximidad, haciendo en no pocos casos difícilmente identificable por las partes el Derecho aplicable, explica que el legislador convencional recurriera a un sistema de presunciones *iuris tantum* (art. 4. 2, 3 y 4 CR) que determinan *a priori* el país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Dichas presunciones quedan desplazadas cuando del conjunto de las circunstancias resulta que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país distinto de aquél al que conducen aquéllas (art. 5.4 CR).

10. El CR acoge entre las presunciones sobre la proximidad la regla general de la prestación característica³⁹. Se trata de una conexión que concreta la regla de los vínculos más estrechos a través de la localización del contrato en el medio económico en el que se inserta; es decir, presume la existencia de dicho vínculo con la ley del lugar del establecimiento de la parte deudora de la prestación característica. El origen de esta noción se halla en los trabajos de A. Schnitzer⁴⁰, quien postula la determinación de la ley aplicable a las relaciones internacionales a través del análisis

33. Cf. BUCHER, A., «L'ordre public et le but social...», *loc. cit.*, pp. 62-63.

34. Cf. KEGEL, G., «The crisis of conflict of laws», *R. des C.*, t. 112, 1964, pp. 91-268, p. 255, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation», *R. des C.*, t. 287, 2000, pp. 9-426, esp. p. 29.

35. Un estudio del recibimiento del principio de proximidad en la jurisprudencia francesa, inglesa, alemana y suiza en LAGARDE, P., «Le principe de proximité dans...», *loc. cit.*, pp. 32-38.

36. Un estudio de la consagración del principio de proximidad en la codificación nacional y convencional en VISCHER, F., «The concept of the characteristic performance reviewed», en BORRÁS, A. y otros (eds.), *E. Pluribus unum liber amicorum Georges A. L. Droz. On the progressive unification of private international law*, La Haya, Bostón y Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 499-519, esp. pp. 499-503.

37. VIRGOS SORIANO, M., «La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato», en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, p. 5292.

38. LAGARDE, P., «Le principe de proximité dans...», *loc. cit.*, p. 45.

39. Cf. MIGUEL ASENSIO, P. A., «La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980», *Diario La Ley*, núm. 95, de 4 de abril de 1995, pp. 1-6; L. CARRILLO POZO, F., *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, 1994, pp. 73-112.

40. *Id.*, «La loi applicable au contrat», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, pp. 459-484; asimismo, «Les contrats internationaux en Droit international privé suisse», *R. des C.*, t. 123, 1968, pp. 541-636.

previo de los elementos que la componen, para identificar, de entre ellos, el elemento más característico que, a la postre, permita deducir la ley aplicable⁴¹. Extrapolando este razonamiento al ámbito contractual, se trata de identificar la prestación que permita dar al contrato su nombre, su carácter, su identidad, con el fin de distinguirlo de los demás. Desde esta perspectiva, observa A. Schnitzer que en los contratos sinalamáticos, los que tienen por objeto el cambio de una prestación material (un bien o un servicio) por el pago de una cantidad de dinero, la prestación material es la que normalmente caracteriza el contrato⁴². La razón de esta elección se debe, según el autor suizo, a que en la vida económica sólo uno de los contratantes ejerce una función relevante que ayuda a caracterizar o traducir la verdadera naturaleza del contrato⁴³, debiéndose, en consecuencia, localizarse en el ordenamiento del país donde dicha parte tiene su establecimiento comercial, o, en su defecto, su domicilio⁴⁴. Precisamente, la presunción del art. 4.2 CR localiza la prestación característica en el país donde la parte que la realiza tenga, al momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, tratándose de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central⁴⁵. En el caso del RRI el criterio de la prestación característica viene concretada, por un lado, en las normas de conflicto especiales previstas para un elenco de contratos (art. 4.1)⁴⁶, que permite cubrir los contratos mas frecuentes

41. Cf. IMHOFF-SCHEIER, A.-C., *Protection du consommateur...*, op. cit., p. 97.

42. *Id.*, «La loi applicable au contrat...», loc. cit., p. 479.

43. *Ibid.* p. 478.

44. *Ibid.* p. 479. Igualmente, «Les contrats internationaux...», loc. cit., pp. 578-581.

45. Como señala VIRGÓS SORIANO, M. («La ley aplicable a los contratos internacionales...», loc. cit., pp. 5305-5306): «(L)a elección del lugar de residencia, sede o establecimiento de la parte que tiene a su cargo la prestación característica como criterio de conexión favorece una localización eficiente del contrato. En efecto, son las obligaciones de quien realiza la prestación característica [vendedor (...)] las que normalmente necesitan mayor suplementación por el Derecho (= son típicamente más complejas), y también las que tienen mayores necesidades de delimitación (= la especificidad de las inversiones necesarias para su producción exige el cálculo anticipado de sus costes). Por la misma razón son las obligaciones más expuestas al riesgo conflictual (= a mayores costes de información, medición y ejecución derivados de la diversidad legislativa). *Ex ante*, la parte en mejor disposición (y a menor coste) de gobernar dicho riesgo es la que tiene a su cargo la prestación característica. Atribuyendo a su Derecho la regulación del contrato se reducen los costes de transacción y se facilita la actividad profesional de quien pone en el mercado sus bienes o servicios. La conexión es, por otro lado, fácilmente reconocible para su potencial contraparte (por ejemplo, se toma como conexión el lugar de situación del establecimiento encargado, según *el contrato*, de realizar la prestación). Y si ésta lo desea, puede contractualmente lograr que una ley distinta sea aplicada, negociando la elección expresa (ex art. 3 del Convenio), de su ley, de una ley neutral (para dificultar conductas oportunistas), o de la ley del país de ejecución (para facilitar la vigilancia y el control del cumplimiento de la prestación característica por la otra parte). Se localiza, pues, el contrato a partir del centro de operaciones de la parte que pone en el mercado sus bienes o servicios (= oferta en sentido económico). En el caso de operadores profesionales (fabricantes, productores, prestadores de servicios, etc.) la solución, que implica aplicar la ley del país donde se localiza su organización productiva, parece especialmente pertinente. El Derecho aplicable al contrato opera para quien realiza la prestación característica como una especie de condiciones generales de segundo nivel. En efecto, las mismas razones que justifican el empleo por los agentes económicos de condiciones generales de la contratación quedan sometidas a su Derecho (= el de su centro de operaciones). Sólo mediante la aplicación de este Derecho pueden los operadores económicos asegurarse de forma inmediata de la eficacia y validez de dichas condiciones».

46. Art. 4.1 RRI: «A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador

del comercio internacional actual y, por otro, en una norma general aplicable cuando el contrato no es subsumible en ninguna de las anteriores categorías contractuales o es subsumible en más de una de ellas (art. 4.2)⁴⁷.

A parte de evitar los problemas de calificación que comporta el lugar de celebración e, igualmente, el lugar de ejecución del contrato⁴⁸, a la prestación característica se le adjudica la ventaja de haber ofrecido una vía de compromiso o un punto de equilibrio entre las clásicas reglas rígidas y comprensivas y las soluciones norteamericanas flexibles pero que pecan de imprevisibilidad⁴⁹. Un equilibrio entre realismo y seguridad, entre la flexibilidad de los principios generales y la seguridad de las conexiones rígidas. Concretamente, la localización del contrato con la ayuda de esta noción reúne, a la vez, las ventajas de una solución simple y una solución rígida⁵⁰. De una parte, pese a su flexibilidad, garantiza la previsibilidad porque la designación de la ley aplicable resulta *a priori* conocida. De otra parte, comparte las ventajas de las conexiones rígidas porque la determinación de la ley aplicable resulta de un análisis de la esencia y de la estructura del tipo de contrato en cuestión. Es decir, la ley aplicable se deduce no sólo de elementos objetivos, externos (lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución, etc.), sino también de la naturaleza misma del contrato. Por otra parte, como apunta A.-C. Imhoff-Scheier⁵¹, el criterio de la naturaleza del contrato no es en la doctrina de A. Schnitzer tan formalista como pudiera dar a entender, pues, a diferencia de F.K. von Savigny, no descansa sobre la naturaleza abstracta, formal de la relación jurídica, sino, al contrario, hace referencia a aquella obligación del contrato que define o caracteriza el tipo contractual, que revele su función económica, social y

del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble; d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país; e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual; f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual; g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse; h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley».

47. El legislador europeo utiliza el criterio de los vínculos más estrechos de manera excepcional y residual para dos tipos de situaciones: por un lado, como cláusula de cierre para todos los contratos que ni encajen en la lista o catálogo del apartado primero, ni en los que se puede verificar la prestación característica del apartado segundo (art. 4.4 RRI); por otro lado, de manera excepcional para los contratos que encajen en la lista del apartado primero o a los que se refiere el apartado segundo, cuando del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los citados apartados (art. 4.3 RRI).

48. Cf. GIULIANO, M., y LAGARDE, P., «Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», DOCE C 327 de 11 de diciembre de 1992, p. 20.

49. SANTOS BELANDRO, R. B., *El derecho aplicable a los contratos internacionales (con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología)*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 94.

50. SCHNITZER, A., «Les contrats internationaux...», *loc. cit.*, pp. 576-579.

51. *Id.*, *La protection de la partie faible...*, *op. cit.*, p. 121-124.

jurídica⁵². Ahora bien, la noción de la prestación característica tampoco escapa de la diana de las críticas⁵³, en particular, aquellas que le acusan de ser un leal servidor de la sociedad capitalista⁵⁴, al no saber traducir las exigencias inherentes a la protección de la parte débil del contrato⁵⁵. No obstante, A. Schnitzer reconoce que la prestación característica no debe ser entendido en clave de dogma, debiéndose dejar de lado cada vez que el contrato tenga, de manera excepcional, una vinculación más estrecha con otro ordenamiento jurídico (cláusula de excepción)⁵⁶.

52. En palabras de SCHNITZER, A. («Les contrats internationaux...», *loc. cit.*, p. 578), la prestación característica, «*visé la fonction que le rapport juridique en cause déploie dans la vie économique ou sociale d'un ordre juridique déterminé*».

53. Se imputa en términos generales la dificultad de la noción ante dos prestaciones simultáneas de la misma naturaleza, como ocurre con el contrato de permuta.

54. En este sentido, *vid.* VISCHER, F., «The concept of the characteristic...», *loc. cit.*, p. 505. Igualmente, JESSURUN D'OLIVEIRA, H. U. («Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligations Convention», *American Journal of Comparative Law.*, n.º 2, 1977, pp. 303-331, esp. pp. p 313), señalando: «*the theory thus reveals itself as a functional and loyal handmaiden of capitalistic society in which the weak party –consumers, employees, those needing insurance, those seeking specialized help, etc.— gets the wrong end of the stick*».

55. *Cf.*, LECLERC, F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude des conflits de lois)*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 171; JUENGER, F., «La Convención europea sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales: algunas observaciones críticas desde la perspectiva estadounidense», *Jurídica*, n.º 14, 1982, p. 201. Precisamente, con anterioridad a la adopción de normas de conflicto especiales en la contratación con consumidores, no faltaron voces en la doctrina a favor de reexaminar el contenido de la prestación característica con el objeto de dotarla de un alcance que fuera más allá de su neutralidad apriorística, incorporando los intereses del consumidor (*vid.* los interesantes desarrollos sobre esta cuestión en la doctrina alemán en IMHOFF-SCHIEER, A.-C., *Protection du consommateur...*, *op. cit.*, pp. 114-119; también ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales de la contratación internacional*, Madrid, La Ley, 1992, pp. 53-55). Dicha revisión consistía en transformar el elemento que caracteriza los contratos celebrados por consumidores pasivos, correspondiéndose con la prestación dineraria del consumidor. Dicha propuesta, sin embargo, apenas recibió el apoyo de la doctrina en la medida en que suponía reducir la determinación de la prestación característica a una mera cuestión de apreciación (a un «*fourn-tout*» en palabras de IMHOFF-SCHIEER, A.-C., *Protection du consommateur*, *op. cit.*, pp. 117-118), sin garantizar tampoco las exigencias de seguridad jurídica subjetiva (*vid.* LECLERC, F., *La protection de la partie faible...*, *op. cit.*, p. 174; POCAR, F., «La protection de la partie faible en droit international privé», *R. des C.*, t. 188, 1984, pp. 339-417, p. 390). Esto último explica que autores, como VISCHER, F. («The Antagonism between legal security and the search for justice in the field of Contracts», *R. des C.*, t. 142, 1974, pp. 1-70, p. 34), amparados en la ortodoxia conflictual, defendieran la sustitución de la prestación característica por la aplicación de la ley más próxima con la relación —esto es, con la ley del entorno jurídico habitual del consumidor (*vid.* igualmente la explicación de esta solución en la doctrina alemana en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 57-59)—. Como señala NUYTS, A. («L'application des lois de police dans l'espace: réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire (1)», *Rev. crit. dr. int. pr.*, n.º 1, 1999, pp. 31-74, p. 51), «*l'idée sous-jacente est que la partie faible est mieux protégée par l'application des règles qui lui sont familières, celles de la sphère socio-juridique dans laquelle elle s'insère. On peut voir dans cette évolution une sorte de consécration «orientée» du principe de proximité mis en évidence par le Professeur Lagarde. Il ne s'agit plus seulement de désigner un rattachement localisateur les yeux bandés, mais de retenir la loi avec laquelle l'une des parties présente des liens étroits*».

56. Siguiendo a FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S. (*Derecho internacional privado*, 6ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 517-518), «El concepto de vínculos más estrechos no puede entenderse referido a índices de proximidad estrictamente geográficos: residencia de las partes, lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución del contrato, lugar de situación de los bienes o derechos objeto del contrato, mercado afectado por el contrato. Cada uno de estos criterios de conexión, no tiene valor en sí mismo ni alcance general; su peso depende del grado de vinculación jurídica y económica que presente respecto de un contrato en particular, por lo que su influencia es variable según el tipo de contrato y su naturaleza. Lo fundamental no es la circunstancia geográfica, sino la medida en que tal vinculación responde a las exigencias de eficiencia económica, seguridad del tráfico y previsibilidad de las partes a tenor de la

2. Localización funcional: autonomía conflictual

11. La localización puede revestir también un carácter funcional, esto es, cuando el propósito sea adscribir la relación de tráfico externo no tanto con el ordenamiento más vinculado como con el que puede dar una mejor respuesta en atención a los intereses afectados. Como señala B. Audit⁵⁷, en la localización funcional el criterio de conexión tiene la función de satisfacer los intereses implicados en las relaciones privadas internacionales: intereses de los particulares, intereses de los Estados y los intereses del comercio internacional. En el sector de la contratación internacional la autonomía conflictual deviene el mejor exponente de esta variante de la localización, que se expresa con la siguiente directiva general: «*los contratos se regirán por la ley elegida por las partes*». Reconocida actualmente en el plano del DIPr institucional (art. 3 RRI), convencional (art. 3 CR) y estatal⁵⁸, la autonomía conflictual constituye un principio de regulación de DIPr contemporáneo de significación ecunémica⁵⁹, una suerte de norma consuetudinaria en DIPr⁶⁰, que expresa la posibilidad que tienen las partes de elegir el Derecho que debe regir la relación pactada⁶¹.

12. Dejando de lado los excesos en que incurren las doctrinas clásicas subjetivistas⁶², e, igualmente, la relevancia de la llamada autonomía conflictual mercato-

finalidad económica y jurídica de un contrato determinado». Sobre la evolución de la cláusula de excepción desde el CR al RRI, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La cláusula de excepción y los contratos internacionales. La crisis del principio de proximidad», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G., (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 459-470.

57. Cf. AUDIT, B., «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)», *R. des C.*, t. 191, 1985, pp. 219-397, esp. pp. 275-278. Sobre la calificación funcional, *vid.* también BATIFFOL, H., y LAGARDE, P., *Traité de Droit international...*, *op. cit.*, pp. 480-482; PÉREZ VERA, E., *Intereses del tráfico jurídico y Derecho internacional privado*, Granada, 1973.

58. Un extenso estudio comparado de la consagración de la autonomía conflictual ilimitada en el ámbito estatal en FRESNEDO DE AGUIRRE, C., *La autonomía de la coluntad en la contratación internacional*, Montevideo, Fundación de la Cultura Universitaria, 1991, pp. 11-73.

59. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IV, 2004, pp. 35-78, p. 35.

60. SAUVEPLANNE, J. G., «Consumer protection in private international law», *Netherland International Law Review*, vol. XXXII, 1985, pp. 100-122, p. 100.

61. Lo que justifica por sí mismo que el *pactum de lege utenda* sea considerado como un contrato independiente, desligado del contrato principal (*vid.* arts 3.4 CR/3.5 RRI); igualmente, el *dépacage* como su lógica conclusión –art. 3.1 RRI/CR– (*vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 18, 2000, pp. 7-40, esp. p. 18); y, por último, la no existencia de ninguna limitación temporal al ejercicio de la autonomía conflictual, a excepción de las dirigidas a garantizar la seguridad jurídica o la protección de los intereses de terceros (art. 3.3 RRI).

62. Las doctrinas partidarias del «subjetivismo puro» ocupan el polo opuesto a la doctrina objetivista del contrato (sobre las diferencias *vid.* PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, pp. 93-97), si bien coinciden en ofrecer una explicación unitaria a la determinación de la localización del contrato. El subjetivismo puro sitúa a la voluntad privada por encima de la ley al ver en el *pactum de lege utenda* no solo la expresión de la autonomía de la voluntad sino también su fundamento (CASANOVAS Y LA ROSA, O., «La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, p. 1007). De manera más particular, la doctrina subjetivista ve en la autonomía de la voluntad una norma material de DIPr conforme a la cual todo contrato internacional obliga por sí mismo, asimilando los casos de elección de ley a una suerte de incorporación por referencia (*vid.* en este sentido DÉBY-GERARD, F., *Le rôle de la règle de conflit...*, *op. cit.*, p. 231). Este reconocimiento de la primacía de la voluntad individual sobre la ley estatal explica que la autonomía privada no tenga para estas

ria⁶³, es preciso indicar que la autonomía de la voluntad opera en un sistema dualista como un punto de conexión original que se diferencia del resto de criterios de conexión en que no tiene como misión traducir la localización espacial u objetiva de la relación jurídica⁶⁴, ni tampoco expresar un vínculo psicológico o racional entre el contrato y el ordenamiento jurídico escogido⁶⁵. La conexión subjetiva posee lisa y lla-

doctrinas una función conflictual, sino material. Precisamente la facultad de incorporación de la ley elegida permite forjar el carácter monolítico o unitario del subjetivismo puro al impedir que se plantee la cuestión de la ley aplicable en defecto de elección. Sin profundizar en los argumentos esgrimidos en contra de esta doctrina (vid al respecto, en CURTI-GIARDANO, A., «Volunté des parties en Droit international privé», *R. des C.*, t. 137, 1972, pp. 743-914, p. 813), bastaría con apuntar aquí que para el ejercicio de la autonomía conflictual resulta siempre precisa la autorización estatal en un estadio previo como es su consagración en el punto de conexión de la norma de conflicto. Como bien señala CASANOVAS Y LA ROSA, O., («La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pp. 1008-1009), basta con que la voluntad individual aparezca contemplada en alguna norma de conflicto del foro, como un hecho que constituye un punto de conexión que remite al Derecho aplicable, para que desde su existencia quepa atribuirle unos efectos jurídicos determinados.

63. Frente a las doctrinas postivistas que sostienen una determinada concepción jurídica de la internacionalidad, considerando que únicamente los Estados están dotados de la autoridad resultante de la monopolio de la coactividad normativa, los partidarios de la autonomía conflictual mercatoria sostienen, de una manera funcional, que la elección del Derecho aplicable puede ser completada con la *lex mercatoria*. Precisamente, la autonomía conflictual mercatoria ha comenzado a desarrollarse en las codificaciones internacional e interna, como demuestra, de una manera más progresista al RRI, el art. 10 de la Convención Interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994: «Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando correspondan, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto» (vid sobre la cuestión FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Lex mercatoria...», *loc. cit.*, pp. 59-73. Igualmente, BERAUDO, J.-P., «Faut-il avoir peur du contrat sans loi?», *Le droit international privé: esprit et méthodes: mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005, pp. 93-112).

64. Como bien señala LEIBLE, S. («La importancia de la autonomía...», *loc. cit.*, pp. 219-220), la historia HA demostrado que en materia de obligaciones contractuales no existe un centro de gravedad unívoco, no es posible encontrar un punto de conexión que sirva para la totalidad de los contratos. Con puntos de conexión rígidos (lugar de celebración del contrato, lugar del cumplimiento o de la prestación, nacionalidad común de los contratantes, etc.) no se logra la armonía internacional de decisiones, ni la previsibilidad de las transacciones. Esto se debe fundamentalmente, como señala el autor alemán, a dos razones: por un lado, algunas de estas conexiones –lugar de cumplimiento y lugar de celebración del contrato– provienen conceptualmente del Derecho material y son definidas en forma diferente por los distintos ordenamientos jurídicos, lo que conlleva necesariamente la falta de armonía internacional de soluciones. Por otro lado, resulta imposible establecer una regla fija que se adecue a los múltiples supuestos de hecho y a los diferentes intereses de las partes. (un estudio también crítico de las conexiones rígidas: *lex patriae*, *lex residentiae* y *lex celebrationis* en ADRIÁN ARNAIZ, A. J., «Las conexiones subsidiarias en las obligaciones contractuales: sus fundamentos y estructuras jurídicas», *Revista Española de Derecho Internacional*, nº. 1, 1987, pp. 45-66, p. 54). Como señala CASANOVAS Y LA ROSA, O. («La autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pp. 1009-1010), la voluntad privada sirve para establecer fácilmente la localización de los contratos, que como otros negocios jurídicos, carecen de una conexión fácilmente determinable con un ordenamiento jurídico. Precisamente, este dato, de la voluntad privada, en tanto que elemento de localización, que aparece configurado como un hecho que tiene naturaleza de punto de conexión dentro de la norma de conflicto, justifica la exclusión de la voluntad hipotética o presunta en ausencia de la elección expresa y tácita. Dicha exclusión de la voluntad presunta es, precisamente, la tendencia en las codificaciones recientes de alcance europeo, convencional y nacional.

65. No es necesario un vínculo especial entre el contrato y el Derecho escogido ni tampoco un interés especial o legítimo de las partes en el derecho elegido, cf. PATOCCHI, P.M., *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 121; LAGARDE, P., «Le principe de proximité dans...», *loc. cit.*, p. 62, LEIBLE, S., «La importancia de la autonomía...», *loc. cit.*, p. 225.

namente un significado funcional⁶⁶. Por un lado, la autonomía conflictual encuentra su justificación para consagrarse como punto de conexión universal al exonerar de la ardua tarea que desde tiempos de F. K. von Savigny ha dado lugar la difícil localización de los contratos internacionales⁶⁷. Por otro lado, recibe su justificación al satisfacer el interés de las partes, permitiendo la elección del Derecho que consideren materialmente más apropiado⁶⁸, el interés del Estado, satisfaciendo las exigencias de seguridad jurídica y previsibilidad⁶⁹, e igualmente las exigencias del comercio internacional, prestando la armonía internacional de las soluciones⁷⁰.

13. Ahora bien, la autonomía conflictual absoluta tampoco debe ser entendida en clave de dogma, que aspira a ofrecer una solución a todos los contratos internacionales. Precisamente por ello, la cláusula general del orden público y el juego de las normas imperativas deviene un límite a la elección de ley aplicable⁷¹. A título de ejemplo, autonomía conflictual ilimitada y protección de parte débil resultan ser principios por sí mismos inconciliables⁷². La autonomía de la voluntad ilimitada se compadece mal con la protección de quien está situado en posición de desequilibrio en el contrato. La razón de esta aseveración lo prueba el hecho de que el desequili-

66. Sobre las justificaciones de la autonomía conflictual en materia contractual, *vid.* PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement localisatrices...*, *op. cit.*, pp. 112-118; LECLERC, F., *La protection de la partie faible...*, *op. cit.*, pp. 208-210.

67. PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 109; LECLERC, F., *La protection de la partie faible...*, *op. cit.*, pp. 206-208. Ya VON SAVIGNY, F. K. (*Sistema de Derecho romano*, t. VI, traducido al castellano por J. Mesia y M. Poley, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1879, esp. p. 238-240), insistía en la idea de que las obligaciones por su carácter intertemporal no ocupan un lugar en el espacio y, por ello, a diferencia de las personas o los bienes, es difícil de determinar el lugar de su sede que permita identificar la ley aplicable. VON SAVIGNY F. K. señala que el lugar de cumplimiento debe ser considerado como el asiento de la obligación. No obstante, aún cuando no apueste expresamente por la autonomía conflictual, se atisba su admisión implícita al justificar la aplicación de la ley del lugar de cumplimiento con la voluntaria sumisión de las partes.

68. La autonomía privada es la expresión de la concepción liberal decimonónica basada en la libertad e igualdad de las partes en el contrato. Como sucede en el plano interno con la autonomía material, la autonomía conflictual es el producto de la voluntad estatal de no interferir en las relaciones individuales, como de la convicción de que estas relaciones reciben una reglamentación justa al elaborarse en un ambiente de libertad e igualdad. Desde esta perspectiva, la elección de Ley permite a los contratantes someter su relación jurídica al Derecho más adecuado a sus intereses (*vid.* CURTI-GIALDANO, A., «La volonté des parties...», *loc. cit.*, p. 891; PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement localisatrices...*, *op. cit.*, p. 113; LECLERC, F., *La protection de la partie faible...*, *op. cit.*, p. 208. LEIBLE, S., «La importancia de la autonomía...», *loc. cit.*, pp. 217-218).

69. La autonomía conflictual favorece la seguridad y la previsibilidad jurídica en la medida en que mediante la elección de Ley del contrato queda fijado de antemano cuál es el Derecho que regula el contrato, pudiendo adaptar las partes sus comportamientos a dicha Ley (*vid.* PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement localisatrices...*, *op. cit.*, p. 116; LEIBLE, S., «La importancia de la autonomía...», *loc. cit.*, p. 218).

70. *Vid.* PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement localisatrices...*, *op. cit.*, p. 116-117; LAGARDE, P., «Le principe de proximité dans...», *loc. cit.*, p. 63; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 22. Como señala LEIBLE, S. («La importancia de la autonomía...», *loc. cit.*, p. 220), la conexión de acuerdo con la voluntad de las partes es adecuada para solucionar los problemas ligados a una materia, como son las obligaciones contractuales, donde no existen un centro de gravedad unívoco. El reconocimiento global de la autonomía conflictual como punto de conexión permite lograr un consenso internacional más elevado que con las conexiones rígidas, y se compatibiliza mejor no sólo con los intereses de las partes, sino, asimismo, con el interés público en la seguridad y sencillez del tráfico comercial internacional.

71. *Vid. infra* epígrafe III, apartado B.

72. LECLERC, F., *La protection de la partie faible...*, *op. cit.*, p. 131.

brio contractual se duplica en los contratos internacionales cuando en el ámbito del conflicto de leyes se pretende dar satisfacción a un valor jurídico liberal o neoliberal, como resulta ser la autonomía de la voluntad. Como acontece en el plano interno, este desequilibrio es lo que pone en peligro no solo la libertad de negociación sino la libertad de contratar misma y, por lo tanto, la libertad de elección de la parte de la parte débil⁷³.

En efecto, las condiciones generales no solamente son una fuente de abuso en el Derecho interno, sino también para la determinación de la ley aplicable al contrato, pues de ser admitida por la *lex fori* lo previsible es que el profesional acomode esta remisión a un sistema jurídico poco garante en lo referente a las condiciones de inclusión y eficacia, como en relación con el régimen jurídico de la totalidad del contrato. Concretamente, al contrario de lo previsto en el ordenamiento del entorno socio-jurídico de la parte débil, la aplicación de la ley elegida a la existencia y validez de la condición general que contiene la elección puede dar a pie a no pocas situaciones delicadas para la parte débil. En primer lugar, admita la existencia y validez de la condición general que contiene la *electio iuris*. En segundo lugar, conceda relevancia jurídica al silencio de la parte débil o al silencio del profesional en su consideración de reticencia dolosa. En cuarto lugar, en relación al idioma de las condiciones generales⁷⁴, como aconteciera en el asunto *Fricke v. Isbrandsen Co.*, la *electio iuris* conduzca a la existencia del consentimiento. Para evitar estos resultados, que puede llevar a que el comportamiento de una parte sea valorado como una manifestación de voluntad en contra de sus expectativas razonables, el art. 10.2 RRI/8.2 CRI sujeta la protección del consentimiento a una conexión autónoma o especial: «*Para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley hipotéticamente aplicable a dicho contrato*».

3. Localización cualitativa

14. El enfoque cualitativo consiste en la aprehensión por el punto de conexión de una norma de conflicto específica de los objetivos perseguidos por las normas de Derecho interno con el objetivo de corregir la inadecuación de la norma de conflicto genérica frente a una determinada *police*. Objetivo de política legislativa que, por el contrario, es capaz de satisfacer la norma de conflicto específica al expresar la vocación espacial de aplicación que aquéllas reivindican. No es extraño, por ello, que dicho enfoque sea defendido en la doctrina por autores, como A. Bucher⁷⁵, que asig-

73. Como apunta LAGARDE, P. («Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne», en *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 513), la ley de autonomía «*permet en fait au professionnel de stipuler dans le contrat l'applicabilité d'une loi que lui est favorable, notamment en ce qu'elle valide des clauses qu'une autre loi considérerait comme abusives*».

74. Sobre la cuestión *vid.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «El idioma del contrato en Derecho internacional privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 155-182.

75. *Id.*, «L'ordre public et le but social...», *loc. cit.*, p. 71. En el mismo sentido, *vid.* RIGAUX, F., «Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application», *Annales de Droit de Louvain*, 1993, pp. 285 y ss.; FALLON,

nan a la norma de conflicto bilateral la función de delimitar el ámbito de aplicación de las leyes nacionales que afectan a las relaciones entre particulares.

Esta variante de localización, que tiene lugar con la materialización del DIPr, producto de la irrupción del Estado social y la constitucionalización del sistema jurídico, no supone más que una forma de transponer a través de la técnica bilateral los resultados logrados por vía del unilateralismo parcial, integrando la dimensión social de las leyes en la formación de las normas de conflicto⁷⁶. Como señala E. Pataut⁷⁷, las leyes de policía han servido de «*simple intermédiaire entre l'utilisation d'une règle de conflit ancienne et la création d'une catégorie régie par une règle de conflit spécifique et dérogatoire*». El enfoque cualitativo resulta posible cuando las normas internas reivindicaban un ámbito de aplicación espacial con una relativa precisión que resulta fácil de concretar a través del punto de conexión de la norma de conflicto⁷⁸. Como señala A. Bucher⁷⁹, la localización cualitativa irroga en la fase de formación de las normas de conflicto una *interaction* entre éstas y las normas de orden público, en cuyo caso las primeras devienen la expresión normativa del interés de los Estados en la aplicación de sus leyes e, igualmente, de la coordinación de sistemas por la convergencia en la regulación de un determinado sector. Un claro ejemplo de la localización conflictual a través de este enfoque lo constituyen, actualmente, en el ámbito que nos ocupa las normas de conflicto para los contratos celebrados con consumidores y los contratos individuales de trabajo.

15. En efecto, la contratación con consumidores reproduce la interacción descrita entre la norma de conflicto y las leyes de policía en la medida en que el criterio de conexión hace las veces de cañón que proyecta la imagen de la convergencia de intereses estatales una vez recibido la señal de las normas de protección del foro, habiendo cumplido ya su función de transición, y de las pertenecientes a terceros Estados, exigiendo la colaboración para poder ser aplicadas en el foro. Las normas de conflicto en materia de contratos con consumidores, recogidas en las codificaciones nacionales⁸⁰, convencionales⁸¹ y de origen europeo⁸², traducen a la perfección el contexto ideal que ha de concurrir para la adopción del enfoque cualitativo. Como postula la universalidad del criterio de conexión de la residencial habitual del consumidor, dichas normas presuponen una comunidad jurídica⁸³, al adoptarse en un momento en que, a pesar de la desigualdad existente entre las legislaciones estatales, los países

M., «Les règles d'applicabilité en Droit international privé», en *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 285 y ss.; NUYTS, A., «L'application des lois de police dans l'espace...», *loc. cit.*, p. 35.

76. Sobre la función de transición que cumplen las normas materiales imperativas hasta la elaboración de una nueva norma de conflicto bilateral *vid.* BUCHER, A., «L'ordre public et le but social...», *loc. cit.*, p. 72; GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification, spécialisation...», *loc. cit.*, p. 318. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La racionalidad económica del Derecho internacional privado», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, p. 124.

77. *Id.*, *Principe de souveraineté et conflits de juridiction. Étude de droit international privé*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 141-142.

78. *Cf.* PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 237.

79. *Id.*, «L'ordre public et le but social...», *loc. cit.*, pp. 59-60 y p. 71.

80. *Cf.* § 41 de la Ley austriaca de DIPr; art. 120 de la Ley federal suiza de DIPr; y art. 3117 del Código civil de Quebec.

81. *Cf.* art. 5 CR.

82. *Cf.* art. 6 RRI.

83. *Cf.* PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 145.

desarrollados comienzan a disfrutar de un nivel de protección aceptable que con el tiempo deviene equivalente en lo que al contexto europeo se refiere. Estos preceptos integran en el razonamiento conflictual los objetivos perseguidos por las normas imperativas de protección al consumidor, e igualmente el ámbito espacial de aplicación que reclaman aquéllas en el ámbito internacional⁸⁴. Para ello el legislador recurre a los mismos criterios que integran el punto de conexión de las normas unilaterales de extensión con las que delimitan a aquéllas: esto es, la residencia habitual del consumidor siempre que concorra un factor que permita localizar el contrato en su mercado. Precisamente, el criterio de la residencia habitual ejerce una función tuitiva porque, de un lado, descarta la conexión subjetiva de la autonomía conflictual ilimitada⁸⁵, y de otro, la conexión objetiva general de la prestación característica, garantizando a los consumidores sendentarios el disfrute de las normas tuitivas de sus respectivos mercados. Por otra parte, se trata de un criterio rígido que denota una fuerte carga empírica, desligado de todo proceso de abstracción⁸⁶, que resulta desvirtuado cada vez que se haga uso en escenarios distintos. Esto último se explica porque el criterio de la residencia habitual del consumidor tiene en cuenta la voluntad de aplicación y los objetivos de las normas de protección de los ordenamientos jurídicos en presencia y, con ello, la previsibilidad de las partes.

16. En lo que a los contratos individuales de trabajo se refiere, a medida que se iban forjando en las legislaciones nacionales los estatutos de protección al trabajador la *lex loci executionis* toma relevancia en su consideración de ley de policía o normas de orden público, exceptuando el juego regulador de la autonomía conflictual consagrada por la norma de conflicto clásica en materia contractual⁸⁷. Precisamente, la existencia de una convergencia de los intereses estatales en la materia facilitaría que se dieran las condiciones para la elaboración de una norma de conflicto que retenga el lugar de cumplimiento del contrato como punto de conexión universal, respetando, desde la perspectiva del foro, la vocación de aplicación de sus normas cada vez que el contrato se cumpla en su territorio e, igualmente, de las normas de la ley extranjera donde se realice el contrato. En la fisonomía de los arts. 6 CR y 8 RRI la *lex loci executionis* ocupa, si bien con ciertos matices frente a la anterior, el papel central como ley objetivamente aplicable.

4. Localización material

17. El enfoque sustantivo concede también, como la localización cualitativa, un papel importante al Derecho interno en la regulación del tráfico jurídico externo,

84. Cf. IMHOFF-SCHEIER, A.-C., *Protection du consommateur...*, op. cit., pp. 196; Como señala PONTIER, J. A. («The justification of choice of law: a liberal-political theory as a critical and explanatory model and the field of international consumer transactions as an example», *Netherland International Law Review*, 1998, p. 408), el art 5 CR recoge «a connecting factor which is directly derived from the underlying policies of the corresponding area of substantive law and which, therefore, refers to the law presumed to be most concerned with the party in need of protection in this case the consumer».

85. Cf. SAUVEPLANNE, J. G., «Consumer protection...», loc. cit., p. 159.

86. Cf. GUZMÁN ZAPATER, M., «La protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de establecimiento mercantil (a propósito de la transposición de la Directiva CEE 85/77). Primera parte», *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, marzo 1993, pp. 20-21.

87. Cf. PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement...*, op. cit., pp. 135-141; LECLERC, F., *La protection de la partie faible...*, op. cit., pp. 494-502.

si bien se diferencian ambas variantes en que la localización sustantiva se sirve no tanto de los objetivos que persiguen las normas internas como de su contenido material, dando prioridad, normalmente entre las leyes conectadas, a aquella que pueda satisfacer mejor el pretendido efecto de Derecho interno⁸⁸. La localización sustantiva conoce su positivación a través de dos vías: de un lado, por medio de correctivos funcionales (orden público, interés nacional) que excepcionan la aplicación de la norma de conflicto aplicable con el objetivo de lograr valores o intereses dignos de protección. De otro lado, a través de normas de conflicto materialmente orientadas, de carácter sustancial o finalidad material; esto es, preceptos de atribución que se caracterizan por contener un índice de carácter material expreso o implícito que predetermina la selección de la ley aplicable.

18. Dejando para más adelante la cláusula del orden público, se debe señalar que el «interés nacional» constituye un instrumento destinado a salvaguardar la seguridad del tráfico jurídico que se produce en el marco de vigencia de un determinado Ordenamiento. Como señala J. M. Espinar Vicente⁸⁹, se trata de una precaución activa, de un mecanismo de salvaguardia destinado a hacer primar las concepciones de un determinado Sistema jurídico (normalmente, el de foro) sobre las de cualesquiera otros que pudiesen concurrir a la reglamentación del asunto. Esta cláusula puede positivarse a modo de reserva genérica para defender la autoridad de determinados principios informadores de la *lex fori* o cómo una disposición específica destinada a preservar los intereses de una determinada disposición frente a las pretensiones de otros ordenamientos llamados a regular el asunto en causa. En su primera acepción se configura como un concepto jurídico indeterminado. Su núcleo de certeza se concretaría en aquellas concepciones del Sistema que se hallan dotadas de una primacía absoluta sobre cualquier norma (nacional o extranjera) destinada a regular el tráfico externo. El interés nacional se conformaría como una dimensión activa del orden público, susceptible de transformar en principios o normas de aplicación inmediata a las directrices estructurales y disposiciones concretas que traducen el marco organizativo esencial de la regulación de un determinado instituto.

19. Su segunda acepción es la que se identifica con su sentido más preciso en el marco de la norma de conflicto y se ha venido concretando en torno a la aptitud personal para obligarse en negocios onerosos. Se trata de evitar que la capacidad definida por una ley extranjera pueda afectar la seguridad del tráfico contractual que se produce en un determinado entorno jurídico, sorprendiendo la buena fe de un contratante habituado a operar habitualmente en ese medio. La cláusula de interés nacional puede articularse para defender la seguridad del tráfico que se realiza en el foro o para proteger la de un espacio regido por un tercer Ordenamiento⁹⁰. Un ejemplo de esta segunda variante nos lo suministran los arts. 13 RRI/11 CR y 10.8 Cc en el ámbito de la contratación internacional, cuyas notas comunes son las siguientes: «*En los contratos que se celebren entre personas que se encuentren en un mismo*

88. La toma en consideración del resultado material final en la resolución del conflicto de leyes tiene, con los matices que les separan de la doctrina europea, su precedente en la doctrina norteamericana con el *result selective method* de D. Cavers y la *choix influenciating considerations* de R. Leflar.

89. *Id.*, *Tratado Elemental...*, *op. cit.*, pp. 101-102.

90. *Cf.* PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 267.

país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la Ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra Ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte».

20. La positivación de la localización sustantiva se realiza también a través de las llamadas normas de conflicto materialmente orientadas. Desde un plano estrictamente formal, dichas normas se inscriben en el método bilateral⁹¹; constituyen un procedimiento de regulación indirecta de las relaciones privadas internacionales, si bien la realización del efecto material no resulta directamente de la norma de conflicto sino que está subordinada a la determinación de la ley aplicable. Esto último no debe ocultar la interacción que existe entre el método conflictual y el sustantivo de mano de las normas de conflicto materialmente orientadas; en particular, de las que recurren a un sistema de conexiones alternativas, donde la aplicación de la ley del foro o de una ley extranjera, ambas en pie de igualdad, está condicionada a un elemento material generalmente aceptado, que dirige el proceso de selección de la ley aplicable. Las normas de de conflicto en la contratación con consumidores y trabajadores, e, igualmente, en la determinación del régimen jurídico para la forma de los contratos, participan, todas ellas, del enfoque sustantivo en el proceso de localización⁹².

21. La determinación de la ley aplicable a la forma del contrato participa del enfoque sustantivo merced a la afirmación del carácter facultativo del principio *locus regit actum*. La regla general en materia de validez formal del contrato, el *favor validitatis*, nace con el fin de sacurdirse de la rigidez de la *lex loci regit actum*, satisfaciendo, de este modo, los objetivos perseguidos en ámbitos anclados en el consensualismo⁹³. El *favor validitatis* tiene su origen en la jurisprudencia, mitigando la imperatividad de la regla *locus regis actum*, y termina recibiendo su consagración positiva conflictual de mano de una norma de conflicto sustantiva con conexiones alternativas orientadas a preservar la seguridad de las transacciones en el tráfico internacional. La fisonomía de este tipo de normas no es solamente sustantiva en la medida en que no se trata de buscar la *better law*, sino transponer al plano internacional el efecto de Derecho interno materialmente orientado: el *favor negotii*. Esto último explica que el enfoque cuantitativo se halle presente para delimitar el abanico de leyes que entran en juego (*lex contractus*, ley de celebración, oferta o aceptación, ley de la residencia habitual de cualquiera de las partes en el momento de la celebración)⁹⁴. A medida que el abanico de leyes se amplia, como señala P. M. Patocchi⁹⁵, «l'approche localisatrice s'estompe progressivement et l'approche substantielle peut devenir d'auntant plus perceptible». Ahora bien, el *favor validitatis*, en cuanto valor a satisfacer, no posee en el ámbito de la contratación un alcance general ilimitado si se tiene en cuenta que ciertos contratos se ven sometidos, por su alcance social o económico, a condiciones de forma que actúan como pura condición de fondo, como

91. Cf. PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement...*, op. cit., pp. 256-259.

92. Cf. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, op. cit., p. 122.

93. Cf. LECLERC, F., *La protection de la partie faible...*, op. cit., pp. 634-635.

94. Vid. art. 11. apdos. 1º, 2º y 3º RRI/art. 9. apdos. 1º, 2º, 3º y 4º CR.

95. Id., *Règles de rattachement...*, op. cit., p. 39.

requisito de validez del contrato. El formalismo que impera en ciertos sectores en el plano interno –protección al consumidor, interés público en los derechos reales inmobiliarios, etc.–, existiendo un vínculo estrecho entre el fondo y la forma, justifica un tratamiento conjunto entre estos dos aspectos, sometiendo ambas cuestiones a la misma ley (la *lex contractus*). Es, precisamente, lo que acontece con el art. 11.4º y 5º RRI/9.5º y 6º CR cuando establece reglas especiales sobre la validez formal de los contratos de consumo y los relativos a derechos reales inmobiliarios.

22. La norma de conflicto sobre contratos de consumo se caracteriza, por lo general, de participar también del enfoque sustantivo en la determinación de la ley aplicable al operar la localización por la vía de un criterio material común a las legislaciones en el plano interno⁹⁶. El legislador eleva al plano conflictual el objetivo que persigue el Derecho interno en este ámbito, consiguiendo, de este modo, realizar una traducción efectiva en DIPr del principio de protección mínima⁹⁷. Como es bien sabido, en el plano interno las normas de protección al consumidor tienen como objetivo el establecimiento del estándar de protección mínimo que el profesional no puede rebajar. Dicha *police* se expresa en el plano internacional con la posibilidad de que opere la autonomía conflictual, si bien limitada a que la ley elegida pueda igualar o mejorar la protección que dispensa al consumidor la ley declarada aplicable en virtud del enfoque cualitativo –*rectius*, la ley del país de su residencia habitual–. Precisamente, por no traducir bien la *police* en cuestión no han visto su consagración positiva las doctrinas que proyectan la protección máxima de la parte débil en la realización del efecto material orientado. Se trata del criterio que propone F. Pocar a favor de la aplicación de la ley más favorable de entre las leyes objetivamente concectas con el contrato⁹⁸, que F. Leclerc reduce a dos, la ley del país de la residencia del profesional ó la ley del país de la residencia del consumidor⁹⁹. Como bien señala J. G. Sauveplanne¹⁰⁰, «*the purpose of consumer protection is not to make the consumer in all respects the stronger party, but to arm him againts the supplier's preponderance and to maintain the balance between the two. To realice the purpose it suffices to ensure the application of the protective regimen of the legal order to which the consumer belongs in all those situations in which it is reasonable to rely on its application*». Desde esta perspectiva, la autonomía conflictual opera como una conexión dependiente de la conexión objetiva, lo que da a entender que su función en la contratación con consumidores sea distinta de la que despliega como principio general en la contratación internacional¹⁰¹. Si la determinación de la ley aplicable al contrato internacional es una operación caracterizada por el dualismo, en la contratación con consumidores el esquema es inverso, al estar ligada la conexión subjetiva a la conexión objetiva; la autonomía conflictual no opera libremente sino mediatizada por aquélla, graduando su esfera de acción. La razón de este cambio, como deci-

96. Los comentarios que se realizan en relación con los contratos de consume valdrían *mutatis mutandi* para el contrato individual de trabajo.

97. Cf. KASSIS, A., *Le nouveau droit européenne des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 537.

98. *Id.*, «La protection de la partie faible...», *loc. cit.*, p. 404.

99. *Id.*, *La protection de la partie faible...*, *op. cit.*, pp. 578-580.

100. Cf. SAUVEPLANNE, J. G., «Consumer protection...», *loc. cit.*, p. 159.

101. Cf. PATOCCHI, P. M., *Règles de rattachement...*, *op. cit.*, p. 150; LECLERC, F., *La protection de la partie faible...*, *op. cit.*, p. 552.

mos, se debe a que en este ámbito la justificación de la autonomía conflictual no se halla en la dificultad de la localización del contrato, como tampoco en la pretensión de satisfacer el interés de las partes, la seguridad jurídica o los intereses de la comunidad internacional, sino en la realización del efecto de Derecho interno anhelado: la protección mínima del consumidor¹⁰². El corolario de este razonamiento es la consagración de una norma de conflicto alternativa¹⁰³, cuyo eje se halla en la conexión objetiva imperativa (ley de la residencia habitual del consumidor), permitiendo operar la autonomía conflictual en función de sus resultados¹⁰⁴.

III. SOLUCIONES EN LA METODOLOGÍA UNILATERALISTA

23. El unilateralismo conoce también de diversas variantes a fin de ofrecer una respuesta a la delimitación del ámbito de eficacia espacial de las normas. En el ámbito material del objeto del presente trabajo interesa precisar las diferencias existentes entre el unilateralismo «global» y el unilateralismo «parcial» en la medida en que acogen diversas doctrinas que, con mayor o menor éxito, buscan obtener una respuesta a los problemas objeto de estudio¹⁰⁵. La primera diferencia estriba en que mientras el unilateralismo global es un método que niega la legitimidad del método bilateral, es un enfoque exclusivo en la resolución del clásico conflicto de leyes, por el contrario, el unilateralismo parcial deviene una técnica que convive e interacciona con la norma de conflicto bilateral, introduciendo una cierta perturbación en su funcionamiento, al restringir su ámbito y contravenir sus efectos¹⁰⁶. La segunda diferencia se advierte en que unilateralismo parcial afecta a un grupo de normas a las que define el ámbito de aplicación necesario para alcanzar su objetivo, por el contrario, el unilateralismo global parte de un nivel más elevado del ordenamiento jurídico, es decir, de un conjunto homogéneo, coherente y organizado de normas materiales a las que atribuye una determinada esfera de eficacia espacial¹⁰⁷.

1. Unilateralismo global

24. El desarrollo del unilateralismo global ha tenido lugar especialmente a golpe de disquisiciones teóricas¹⁰⁸, como prueba el trabajo que P. Gothot dedica para

102. Cf. SAUVEPLANNE, J. G., «Consumer protection...», *loc. cit.*, p. 102.

103. Cf. LAGARDE, P., «Le nouveau Droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur d la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Rev. crit. dr. int. pr.*, nº 2, 1991, p. 314.

104. Cf. VIRGÓS SORIANO, M., «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho comunitario europeo*, t. III., Madrid, Civitas, 1986, p. 799.

105. Sobre el unilateralismo y sus diferentes variantes, *vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado Elemental...*, *op. cit.*, pp. 55-58.

106. Cf. JACQUET, J.-M., «La aplicación de las leyes de policía en materia de contratos internacionales», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 35-48, p. 36.

107. Cf., MAYER, P., «La protection de la partie faible en Droit international privé», en GHESTIN, J., y FONTAINE, M., *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 521; KAHN-FREUND, O., «General problems of private international law», *R. des C.*, t. 143, 1974, pp. 319-474, p. 244.

108. Los glosadores y comentaristas de la estatutaria italiana fueron los primeros que, desde un enfoque unilateralista universal, abordaron acerca de las cuestiones relativas a los conflictos de leyes en

justificar su análisis unilateralista en el ámbito de la contratación internacional¹⁰⁹. P. Gothot toma como punto de partida de su doctrina universal la delimitación del ámbito de aplicación de los ordenamientos jurídicos en materia contractual, distinguiendo dos categorías de leyes: de un lado, «liberales», integrada por el conjunto de normas que forman parte del Derecho común de los contratos, de otro, «intervencionistas», compuestas por el conjunto de normas que conforman estatutos imperativos de protección. Señala P. Gothot que solo las normas de la segunda categoría manifiestan una voluntad de aplicación al ámbito internacional, a diferencia de la primera categoría, toda vez que «*aucune loi ne veuille s'appliquer jamais à un contrat international*»¹¹⁰. Precisamente, la determinación del régimen jurídico en ámbitos regulados por leyes intervencionistas es, a juicio de P. Gothot, sencilla por cuanto que esta categoría de leyes traduce por sí misma el enfoque unilateralista, enunciando expresamente su vocación de aplicación. Los supuestos patológicos para el autor vendrían de la mano de los posibles conflictos positivos que puede dar lugar el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en favor de *lex fori* cuando una ley extranjera tuviera un interés efectivo de aplicación, o la hipótesis de cúmulo de leyes extranjeras. En ambos casos P. Gothot pone el énfasis contra toda tentación de bilateralizar la norma de conflicto unilateral, proponiendo como directiva la aplicación de la Ley que responda mejor al principio de efectividad y a las expectativas de las partes.

25. Por el contrario, la ausencia de vocación, o voluntad neutra y común a la categoría de leyes liberales en todos los ordenamientos, lo interpreta P. Gothot como la admisión y el fundamento de la autonomía conflictual en la medida en que «*en principe, aucun ordre juridique ne les contraint à exploiter la sienne plutôt que celle d'un autre*»¹¹¹. La elección de ley aplicable en el unilateralismo de P. Gothot debe ser expresa o tácita *à toutes les règles* del ordenamiento estatal escogido, lo que le lleva

materia contractual. Siguiendo a ESPINAR VICENTE, J. M. («Contratación internacional...», *loc. cit.*, pp. 1193-1194): «En los albores de la reflexión científica sobre el conflicto de leyes, se entendía que los preceptos jurídicos sólo podían aplicarse a los miembros de la comunidad a la que se dirigían y sólo a ellos (*statuta non ligat nisi súbditos*). La única forma de hacer posible el contrato era entender que una de las partes se convertía en súbdito de la ley de la otra (*súbditus ratione contractus*). Si el ciudadano de Bolonia se desplazaba libremente a Módena con el objeto de suscribir allí un contrato podía considerarse que se convertía en *súbditus Mutinae* a los efectos de ese contrato. En un contexto presidido por el *ius commune* con la recuperación del Digesto, la solución era lógica. En el Derecho romano, cuando se consideraba que era insoslayable la observancia de unas determinadas reglas en unas concretas materias, se extendían las acciones que posibilitaban el juego de la ley a cualquier peregrino *si cives romanus esset*. De un modo similar, la estatutaria sostuvo que, fingiendo que el ciudadano de Bolonia era súbdito de Módena al sólo efecto de ese acuerdo, la ley de Módena podía crear obligaciones entre las partes. En consecuencia, si el contrato se celebraba en Módena ambas partes quedaban sujetas a la ley de Módena y la obligación nacía al amparo de su ley, debiendo someterlo íntegramente a sus tribunales y a lo que sus estatutos estipulasen. Hasta que Balduinus y Odofredus establecieron la diferencia entre los estatutos que regían el proceso y los que regían el fondo de la situación litigiosa no llegaría a formarse la plataforma racional en cuya base fue posible romper el círculo vicioso en el que tribunal competente y derecho aplicable se fundían en una única y necesaria regla. Determinado el tribunal competente quedaba establecido el Derecho aplicable».

109. *Id.*, «La méthode unilatéraliste et le Droit international privé des contrats», *Riv. dir. int. pr. proc.*, nº 1, 1979, pp. 5-22.

110. *Ibid.* p. 6.

111. *Ibid.* p. 9.

a excluir el *dépeçage*, e, igualmente, a rechazar la búsqueda de la voluntad hipotética o presunta en el caso de que las partes no hubiesen declarado expresa o tácitamente su intención de someterse a un ordenamiento jurídico. P. Gothot propone en estos casos una solución basada también en esa misma ausencia de vocación, común a la categoría de leyes liberales en los ordenamientos, que pasa por un retorno puro y simple a la *lex fori*¹¹². De esta guisa, la doctrina unilateralista resuelve la determinación del régimen jurídico al contrato con base en una solución dualista que otorga una función conflictual a la elección por las partes de la ley aplicable y vocación subsidiaria a la ley del foro en defecto de elección.

26. La construcción doctrinal de P. Gothot no ha conocido su consagración positiva en la medida en que incurre en los inconvenientes propios del planteamiento unilateralista. De un lado, prescinde de la idea de heterogeneidad que caracteriza a las relaciones de tráfico externo, lo que da lugar a un tratamiento similar a las situaciones internas e internacionales en lógica correspondencia con la visión del DIPr dentro del Derecho espacial. Desde esta perspectiva, en la doctrina unilateralista la autonomía conflictual se confunde con la autonomía material. De otro lado, la división que realiza P. Gothot entre categorías de leyes liberales e intervencionistas se antoja bastante artificial, que puede ser la fuente de *dépeçages* o fraccionamientos inevitables susceptibles de poner en peligro la coherencia del contrato. Por último, se percibe en su doctrina una vocación desmedida de la *lex fori*, en defecto del ejercicio de la autonomía privada, que está en contraposición con el presupuesto del que parte de negación del carácter universal del sistema jurídico, de su rechazo al exclusivismo kelnesiano del ordenamiento jurídico.

2. Unilateralismo parcial

27. El unilateralismo parcial es la técnica de reglamentación que corrige el déficit particularista que adolece la regulación del tráfico jurídico externo cuando la norma de conflicto resulta ser un instrumento insuficiente, o incluso inadecuado, para la consecución de ciertas políticas legislativas¹¹³. En puridad, como bien indica J. M. Espinar Vicente¹¹⁴, la idea que subyace en el fondo del unilateralismo parcial no es

112. *Ibid.* p. 15.

113. Cf., JACQUET, J.-M., «La aplicación de las leyes...», *loc. cit.*, p. 36. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., («Diversification, spécialisation...», *loc. cit.*, p. 317) explica sucintamente el fenómeno en cuestión, señalando desde un plano muy general: «*quand l'ordre juridique étatique à poursuivre des objectifs sociaux concrets découlant de l'Etat social, il est clair que le système de droit international privé a reçu l'effet de cette «matérialisation» du droit en ne disposant que des règles de conflit traditionnelles, abstraites et neutres. Et la divergence de l'ensemble des valeurs résultant de l'intérieur du système est corrigée dans un premier temps par la voie de la conversion des règles de droit matériel expriment ces valeurs en règles d'ordre public positif (...)*». En el plano más específico de la protección al consumidor, HARTLEY, T. C. («Consumer protection provisions in the EEC Convention», en NORTH, P. M. (ed.), *Contract Conflicts. The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations: a comparative study*, Amsterdam, New York y Oxford, North-Holland Publishing Company, 1982, pp. 113) señala: «*(I)f the legislature enacts consumer protections legislations containing mandatory rules (...)* it should not be possible for the purpose behind this legislations to be nullified by allowing the parties to choose another legal system to govern the contract, except in those cases where the transaction might be regarded as outside the scope of the legislation in question».

114. *Id.*, «Contratación internacional...», *loc. cit.*, p. 1203-1204.

nueva¹¹⁵, ya estaba presente en la construcción teórica de F.K. von Savigny¹¹⁶, si bien recibe su consagración dogmática, una vez afirmado el pluralismo metodológico¹¹⁷, con la doctrina de Ph. Francescakis sobre las *lois d'application immédiate*. Se trata de un unilateralismo no tan ambicioso como el global, al no propugnar la sustitución del método bilateral por otro distinto, sino, todo lo contrario, la pervivencia, junto a la norma de conflicto bilateral, de un tipo de normas pertenecientes a la *lex fori* directamente aplicables, sin la mediación de aquélla, cada vez que la situación privada internacional se halla comprendida en su ámbito de aplicación espacial¹¹⁸. Motivo que explica que el insigne jurista griego reconozca que en su teoría si «*il y a unilatéralité, celle-ci n'est que partielle*»¹¹⁹.

2.1. Normas imperativas de la *lex fori*

28. El concepto de leyes de policía o de orden público, normas materiales imperativas, de aplicación inmediata o necesaria, responde a la necesidad de orientar materialmente la cuestión del Derecho aplicable al respeto de ciertos valores o intereses primordiales¹²⁰. La progresiva extensión de la autonomía conflictual como criterio de conexión en materia contractual ha ido unida a una mayor necesidad de establecer otras para hacer posible la eficacia de normas imperativas de ordenamientos distintos a la *lex causae*¹²¹, que están en estrecha vinculación con el contrato internacional. Nos referimos a las normas imperativas del ordenamiento del juez y las pertenecientes a un tercer Estado, distintas de la *lex causae* y la *lex fori*.

2.1.1. Noción

29. La categoría de leyes de aplicación inmediata ha experimentado una evolución si se compara con la definición ofrecida hace casi cincuenta años por Ph. Francescakis, quien incluía en ella a todas aquellas leyes cuya aplicación fuese necesaria para la salvaguardia de la organización política, social o económica del país¹²². El

115. *Vid* asimismo GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification, spécialisation,...», *loc. cit.*, p. 368 ss.

116. VON SAVIGNY, F. K. (*Sistema de...*, *op. cit.*, pp. 138-142) excepciona la búsqueda de la sede de la relación jurídica en los supuestos en que no exista comunidad de derecho entre los pueblos, deviniendo aplicable a título exclusivo las leyes del foro que poseyesen «*una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria*».

117. *Cf.*, BATIFFOL, H., «Le pluralisme des methods en droit international privé», *R. des C.*, t. 139, 1973, pp. 75-148.

118. Sobre las diferencias entre el unilateralismo global y parcial, *vid* ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado Elemental...*, *op. cit.*, pp. 55-58.

119. *Id.*, «Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, p. 16.

120. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 125.

121. *Cf.* DE MIGUEL ASENSIO, P., «Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales», en MARTÍNEZ CALCERRADA, L. (dir.), *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 2858.

122. FRANCESCAKIS, PH., «Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public?», *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 1966-1969, p. 165. En nuestro Derecho positivo esta categoría se correspondería con lo preceptuado en el apartado primero del art. 8 Cc: «*Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*». Como señala GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. «Artículo 8», en *Comenta-*

jurista griego confiaba esta categoría a todas aquellas normas que tuviesen como objeto la protección de intereses colectivos¹²³, lo que da cuenta de su anacronismo en la medida en que la realidad jurídica actual dista mucho de ser aquella en la que concibió su definición; esto es, una época en la que el Estado todavía no había consolidado aún su tendencia a limitar los desequilibrios contractuales, a proteger intereses privados, a grupos sociales en posición contractualmente débil. Una atenta observación, sin embargo, de la evolución de los objetivos y valores a nivel interno ha de conducir a incluir también dentro de la categoría de leyes de policía a las normas de protección individual, en la medida en que, como bien señala P. Mayer¹²⁴, en ellas también subyace funcionalmente «*une préoccupation d'intérêt collectif*». Un banco de prueba lo constituye actualmente la normativa de protección al consumidor, donde resulta complicado deslindar el interés general del particular al haber desbordado su primigenia finalidad, de tutela individual, para convertirse en un medio o instrumento de ordenación o protección del mercado¹²⁵.

30. No todas las leyes de policía gozan del mismo grado de imperatividad¹²⁶. Este dato está condicionado por la diferencia de objetivos de política legislativa que concurren en cada ámbito. En este sentido, cabe hablar de leyes de policía de dirección y leyes de policía de protección. Las normas imperativas de dirección expresan

rios del Código Civil, Madrid, ed. Ministerio de Justicia, 1993, pp. 72-73), la inclusión o no de un norma en la órbita del art. 8.1 Cc dependerá de si su finalidad principal es la de proteger el interés público. Para ello deber valorarse si existe o no una relación directa entre la disposición en cuestión y la tutela por parte del Estado de intereses generales, los objetivos de política legislativa subyacentes y el resultado, positivo o negativo, de su aplicación o inaplicación.

123. *Id.*, «Quelques précision sur...», *loc. cit.*, p. 13: «*l'on confie à cette catégorie tous les cas dans lesquels il n'y va pas seulement des intérêts particuliers, ni même de l'intérêt commun en tant que somme des intérêts particuliers, mais bien de l'ensemble de ces intérêts quand ils sont pris en charge par l'organisation étatique. C'est cette dernière qui souffrirait si ces lois ne se voyaient pas assigner d'emblée un domaine d'application adéquat*».

124. *Id.*, «Les lois de police étrangères», *Journal Droit International*, n° 2, 1981, p. 292. Concretamente, MAYER, P., propone una noción de leyes de policía más amplia que la ofrecida por FRANCESCAKIS, PH., que impida identificar a ésta solamente con la noción de leyes de aplicación inmediata. Para ello, MAYER, P., se ayuda de un enfoque funcional que le lleva a ver a este tipo de normas como: «*règles dont la teneur ou le but appellent leur application à des situations qui ne leur son pas soumises par la règle de conflit, ou abandonne un mode conceptuel d'identification au profit d'une approche fonctionnelle, qui semble mieux convenir à leur nature, et dont l'ordre public offre déjà un exemple bien connu*» (*ibidem*, p. 292). Igualmente, JACQUET, J. M., (*Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economique, Paris, 1983, p. 280) afirma que «*la loi protectrice tout en ne cessant pas d'être organisatrice des rapports contractuels, devient en même temps organisatrice des structures qu l'Etat met en place pour lui-même, ou plus exactement, est organisatrice de la société dont l'Etat a la charge à travers des comportements qu'elle impose à des particuliers*».

125. LECLERC, F. (*La protection de la partie faible...*, *op. cit.*, p. 285) recurre a dos ejemplos muy gráficos para corroborar esta opinión. Por un lado, pone el ejemplo de la *police* de las normativa nacionales en materia de crédito al consumo que obligan a desembolsar una cantidad inicial mínima, pues no sólo se trata de una medida que procura proteger la reflexión del consumidor, sino también evitar endeudamientos excesivos de la población que pongan en peligro la economía misma. Por otro lado, se refiere también a las obligaciones de información al consumidor, pues no sólo fortalecen un consentimiento esclarecido del consumidor, sino también la transparencia del mercado. De este modo, concluye LECLERC, F. (*ibidem*, p. 379) que dichas normas conservan «*leur qualité de lois de police en tant qu'elles participent d'une politique économique et sociale jugée particulièrement importante au plan de l'organisation politique, sociale et économique du pays*».

126. Cf. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 126.

la injerencia del poder público en la economía y, en particular, en la ordenación del mercado, mientras que las normas imperativas de protección se dirigen a limitar los desequilibrios contractuales. En este orden de cosas, el contenido y el objetivo de las leyes de policía de dirección, que no es otro, como señala F. Leclerc, que «*assurer à la fois le minimum et le maximum nécessaire à la protection de notre organisation économique ou sociale*»¹²⁷, permite explicar que este tipo de normas tengan un ámbito de aplicación un tanto rígido, que excluya cualquier posible aplicación de una ley extranjera para todas aquellas situaciones comprendidas dentro de su eficacia. Como señala J. G. Sauveplanne, su función social es de tal importancia que «*its application is considered to be necessary in all situations which concern the legal order in which it was enacted, irrespective of whether or not a choice of law rule declares that law to be applicable*»¹²⁸. Son, en definitiva, normas de aplicación inmediata o necesaria, normas absolutamente imperativas o normas de orden público internacional –como señala A. Bucher¹²⁹–, cuya característica es la inversión del orden de sus efectos negativo y positivo: «*Elles s'appliquent directement et impérativement à certaines situations internationales, sans qu'il y ait lieu de se référer à une règle bilatérale de conflit, susceptible de désigner une loi étrangère. L'effet positif est ainsi immédiat, alors que l'effet négatif se présente comme une conséquence*».

31. Por el contrario, la *police* que subyace en las normas imperativas de protección supedita el ámbito de aplicación de este tipo de normas permitiendo, esta vez, la aplicación del Derecho extranjero declarado por la norma de conflicto genérica siempre, por supuesto, que en la consecución de dicho objetivo resulte tanto o más favorable que la normativa de la *lex fori*. Precisamente, en comparación con las normas de dirección, la flexibilidad que presenta su esfera de eficacia evita, esta vez, que se puede hablar de normas de aplicación inmediata. Sin embargo, no por ello se debe negar el carácter de leyes de policía que presentan las normas imperativas de protección, de lo contrario se caería en un absurdo conceptualismo, pues igual que las normas de dirección, aquéllas poseen un ámbito de aplicación espacialmente condicionado por su contenido y objetivo, pero que, merced a la *police* que salvaguardan¹³⁰, se diferencian de estas últimas en que incorporan el orden público internacional en sentido clásico¹³¹, sin invertir –como hacen las normas de direc-

127. *Id.*, *La protection de la partie faible...*, *op. cit.*, p. 376.

128. *Id.*, «Consumer protection...», *loc. cit.*, p. 114.

129. *Id.*, «L'ordre public et le but social...», *loc. cit.*, p. 39. Una acertada explicación de la *negative operation of public policy* y *positive operation of public policy*, cf. HARTLEY, T. C., «Mandatory rules in international contracts: the common law approach», *R. des C.*, t. 266, 1997, pp. 337-426, esp. pp. 350-353.

130. Como señala GRAULICH, P. («Règles de conflit et règles d'application immédiate», en *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, vol II, 1963, p. 643), expresan la necesidad del legislador por salvaguardar la coherencia de su sistema interno y, en consecuencia, de adoptar una actitud tolerancia respecto del derecho extranjero en los casos en que aquella exigencia primaria ha quedado satisfecha.

131. *Ad. ex.*, las normas imperativas de protección a los consumidores son normas de orden público internacional. Pensar lo contrario, es decir, calificarlas como disposiciones solamente imperativas en el plano interno, llevaría a resultados tan poco coherentes como terminar por situarlas en el mismo plano que las normas imperativas del régimen general de las obligaciones contractuales y, por consiguiente, aceptar la idea que se tienen de estas últimas en DIPr y que resume muy bien DE MIGUEL ASENSIO, P. A. en los siguientes términos («Derecho imperativo...», *loc. cit.*, pp. 2861-2862): «(E)xiste la idea de que en los distintos ordenamientos las normas sobre el particular, aunque con contenidos y formulaciones dispares, suelen garantizar un nivel mínimo de justicia en la formación y el desarrollo de los contratos, de manera que en la

ción— el orden de los efectos negativo y positivo del orden público. Siguiendo a A. Bucher¹³², las normas de protección son normas de orden público internacional que cumplen su doble función negativa y positiva. Por ello, es preferible referirse a ellas como leyes de policía de protección, normas relativamente imperativas, o como califica F. Leclerc, «*règles d'application minimale*», es decir, «*règles applicables, même si l'ordre juridique auquel elles appartiennent n'est pas désigné par la règle de conflit, en vue de sauvegarder le seul minimum de protection garanti au sein de cet ordre juridique*»¹³³.

32. Debe tenerse en cuenta que, por su fuente, las normas imperativas pueden ser, a parte de nacionales, de origen europeo¹³⁴. Si la ley de policía de origen nacional de la *lex fori* interviene en supuestos intracomunitarios obstaculizando cualquiera de las libertades de circulación previstas en ámbitos no armonizados, es preciso su sometimiento al control de compatibilidad con los objetivos del Derecho originario. Esto último pasa por determinar si la medida que protege la ley de policía es la menos gravosa para la libertad de circulación en cuestión, a la vez que adecuada para garantizar el objetivo que persigue. La verificación de este segundo aspecto queda condicionada a la no existencia de equivalencia entre la medida prevista en el Estado miembro de destino y la del Estado miembro de origen. En el caso en que el valor protegido no fuera asegurado por la norma del país de origen, la ley de policía del Estado de destino será aplicable con todo su rigor. Por el contrario, si dicho interés se asegura a través de la ley de policía de origen, garantizando un nivel de protección equivalente, el obstáculo no estaría justificado. En este caso, la regla material de reconocimiento mutuo incide sobre el juego normal de las leyes de policía del foro en la medida en que, al precisar para el test de equivalencia la obligada referencia o toma en consideración de su homóloga en el Estado miembro de origen, su aplicación resulta matizada o atenuada¹³⁵. De otra parte, si una ley de

dimensión internacional tales normas son sustituibles (se permite la aplicación de cualquier ordenamiento al que se remita la regla de conflicto, típicamente bilateral), con el límite de la excepción de orden público residual en este sector».

132. Como indica BUCHER, A. («L'ordre public et le but social...», *loc. cit.*, pp. 38-39): «*Elle produit, d'une part, un effet négatif, consistant en l'éviction de toute solution différente prévue dans une loi étrangère désignée par la règle de conflit. Cette conséquence implique nécessairement une sanction qui vise non seulement le résultat de l'application de la loi étrangère, mais également celle-ci, voire la règle de conflit ayant désigné cette loi. La règle d'ordre public entraîne, d'autre part, un effet positif déterminé, étant donné qu'elle contient la solution à retenir, dans le cas particulier, pour l'intérêt de la sauvegarde de l'ordre public du for. Écartant toute solution non conforme à leur objectif particulier, les règles d'ordre public (...) offrent ainsi les solutions devant être nécessairement retenues dans l'Etat du for. Dans le mesure où elle porte sur la sauvegarde des règles d'ordre public, la clause d'ordre public produit alors un double effet, négatif et positif. Dans le logique de son fonctionnement, l'effet négatif de l'éviction de la lex causae se manifeste d'abord, ce qui suppose au préalable l'application d'une règle bilatérale de conflit, l'effet positif est la conséquence de cette éviction*».

133. JACQUET, J.-M., «La aplicación de las leyes...», *loc. cit.*, p. 38.

134. Cf., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 526.

135. Cf. GARDEÑES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, pp. 37-38. Por lo general el test de equivalencia recae sobre normas internacionalmente imperativas de derecho público, no, por el contrario, en el ámbito del derecho privado patrimonial como han establecido las Sent. TJ, de 24 de septiembre de 1991, as. C-339/89 *Alsthom Atlantique* y 13 de octubre de 1993 as. C-120/78 *Motorradcenter*. Al respecto, cf. SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado europeo*, Granada, Co-

policía de la *lex fori* interviene en un ámbito armonizado, el test de compatibilidad será con probabilidad aún más desfavorable a la ley de policía, ya que en principio ningún argumento podría justificar que la legislación de un Estado miembro perturbe una libertad fundamental en un ámbito en el que su intervención unilateral sería difícilmente justificable¹³⁶.

33. Cuestión distinta a la siempre controvertida noción de leyes de policía lo constituye las posibles vías para su aplicación. En este sentido, el RRI, a diferencia del art. 7.2 CR, utiliza el término de leyes de policía en el art. 9.1, en un sentido restrictivo, circunscrito a las normas de carácter ordopolítico¹³⁷ –normas imperativas de dirección-: «Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento». Como señala F.J. Garcimartín Alférez¹³⁸, bajo este precepto no se puede invocar cualquier norma imperativa, sino únicamente normas de dirección u «ordopolíticas», cuyo objeto es la tutela de intereses públicos o supra-individuales. Esto excluye aquellas normas destinadas a la tutela individual de la parte débil del contrato. Con otros términos, el art. 9 no es la sede para proteger la posición contractual de los consumidores, agentes, etc.

34. La aplicación de las normas imperativas de protección de la *lex fori* está prevista en el RRI a través de una doble vía. De un lado, a resultas de la técnica bilateral y, de otro, a través de las cláusulas previstas en los apartados tercero y cuarto del art. 3 RRI. Dentro de la técnica de reglamentación bilateral cabe distinguir, a su vez, dos posibilidades para la aplicación de las normas imperativas de protección. Por un lado, a través de las normas de conflicto que, como ya se ha visto *supra*, expresan mediante el punto de conexión la vocación espacial de aplicación que aquellas reivindican (localización cualitativa: arts. 6 y 8 RRI). Por otro lado, a través de la cláusula general de orden público prevista en el art. 21 RRI¹³⁹.

35. Fuera de la arquitectura bilateral, las normas imperativas de protección pueden recibir su aplicación de mano de las cláusulas previstas en el apartado tercero y cuarto del art. 3. El apartado 3 contempla específicamente los supuestos de aplicación de las normas imperativas de protección de origen nacional¹⁴⁰. El apartado 4 contempla los supuestos de aplicación de las normas imperativas de origen

mares, 2002, pp. 19-20; LEWIS, X., y WILDERSPIN, M., «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des États membres», *Rev. crit. dr. int. pr.*, nº 1, 2002, pp. 1-37; GAUDEMET-TALLON, H., «De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé», *Le droit international privé: esprit et méthodes: mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 319-322.

136. *Id.*, *La protection de la partie faible...*, *op. cit.*, p. 379; JACQUET, J.-M., «La aplicación de las leyes...», *loc. cit.*, p. 36.

137. El RRI incorpora una definición de lo que se entiende por normas de policía tomada de la jurisprudencia del TJUE en la Sent. de 23 de noviembre de 1999, as. C-369/96 y C-376 *Arblade*.

138. *Id.*, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2012, p. 353.

139. *Cf.*, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 525.

140. Art. 3.3 CR: «Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo».

institucional o europeo¹⁴¹. Siguiendo a J. M. Espinar Vicente¹⁴², el apartado tercero cumple dos funciones fundamentales. Por un lado, constituye un mecanismo práctico para sancionar el fraude derivado de una internacionalización artificial del conjunto de la relación obligatoria. Puede suceder que, salvo algunos componentes irrelevantes del supuesto, el contrato pertenezca realmente al tráfico interno del Estado en el que se localizan «*todos los elementos pertinentes de la situación*». De ser así, debe impedirse toda internacionalización cuyo único pilar relevante se apoye en la elección de ley aplicable. Por otro lado, el apartado tercero puede servir también para los supuestos que impliquen un auténtico conflicto de leyes a los efectos de asegurar que aquellas disposiciones que no pueden eludirse mediante el uso de la autonomía material tampoco puedan eludirse por vía de la autonomía conflictual. El mismo razonamiento utiliza el apartado cuarto pero reservado a los supuestos intracomunitarios. El objetivo de esta cláusula es transformar en leyes de policía las disposiciones imperativas del Derecho europeo a efectos de un contrato que tenga vínculos con el mercado europeo¹⁴³; evitar el fraude a las normas imperativas europeas de protección cuando los elementos de la situación se encuentren localizados en uno o más Estados miembros y las partes eligen la ley de un tercer Estado, cuya elección perjudique la protección prevista en aquéllas¹⁴⁴.

2.1.2. Normas de extensión

36. Una vez determinada las categorías normativas que quedarían al margen de la norma de conflicto en materia contractual, es preciso señalar que su aplicación va a depender también del grado de conexión del supuesto con el foro. Si la vinculación del supuesto con el territorio español es mínima, de forma que la eventual aplicación de una ley extranjera no es susceptible de hacer peligrar la *policie* que sustenta la norma material del foro, ésta carece de vocación para ser aplicada a los supuestos de tráfico externo. Como señalan J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo¹⁴⁵, sería evidentemente absurdo aplicar las normas de protección del mercado español a supuestos internacionales que no producen efectos en el mercado español.

141. Art. 3.4 RRI: «*Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo*».

142. *Id.*, «Contratación internacional...», *loc. cit.*, p. 1200.

143. Otra manera de entender la cláusula prevista en el art. 3.4 RRI, como señala JACQUET, J.-M. («La aplicación de las leyes...», *loc. cit.*, p. 44), es que dicha norma internaliza en cierto modo un contrato internacional-comunitario, el cual pasa a ser considerado como un contrato interno desde la perspectiva del ordenamiento de la Unión Europea, quedando sometido a las disposiciones imperativas de este ordenamiento. En el mismo sentido, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 268-270. Dicho esto, se debe señalar que las dos interpretaciones posibles en torno al art. 3.4 RRI no influyen en absoluto sobre el resultado práctico de su aplicación.

144. Sobre esta cuestión en el ámbito específico de la contratación con consumidores activos en el mercado europeo, *cf.* PAREDES PÉREZ, J. I., y ADÁM MUÑOZ, M. D., «Comentario al artículo 67 Texto Refundido de Ley de General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en REBOLLO PUIG, M., e IZQUIERDO CARRASCO, M., (dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Córdoba, lustel, 2011, pp. 1187-1216.

145. *Id.*, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 126.

La identificación de los límites o del ámbito de eficacia espacial que el legislador otorga a las normas imperativas se lleva a cabo a través de un tipo de normas conocidas como normas de aplicación¹⁴⁶, normas de delimitación¹⁴⁷, normas de aplicabilidad¹⁴⁸, ó normas de extensión para la mayoría de la doctrina española¹⁴⁹. Como su propio nombre indica, su función es la delimitación de la esfera de aplicación espacial de las leyes de policía. Las condiciones de aplicación suelen recogerse de manera expresa, de mano de criterios de conexión de carácter territorial que traducen la vinculación del contrato internacional con el mercado (nacional o europeo) al que pertenecen. Como un exponente más del proceso de especialización normativa del DIPr¹⁵⁰, en los casos en que el legislador guarde silencio sobre el ámbito espacial de una ley de policía, el aplicador debe deducirlo de una evaluación directa y consciente de los objetivos de política legislativa perseguidos por la norma concreta¹⁵¹.

2.2. Normas imperativas de terceros Estados

37. El enfoque dual integrado por la *lex contractus* y las normas imperativas de la *lex fori* no colma las pretensiones de universalidad que requiere la regulación del tráfico externo en el ámbito contractual. La posibilidad de dar efecto a leyes de policía pertenecientes a un tercer Estado, distintas de la *lex causae*¹⁵² y de la *lex fori*,

146. Cf., VITTA, E., «Cours general de droit international privé», *R. des C.*, t. 162, 1979, pp., 9-244, p. 140;

147. Cf., ESPINAR VICENTE, J. M., *Tratado Elemental...*, *op. cit.*, pp. 110-111.

148. RIGAUX, F. *Derecho internacional privado. Parte general*, traducción al español de BORRÁS A., Madrid, Civitas, 1985, pp. 74-75; FALLON, M. «Les règles d'applicabilité en droit international privé», en *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Nemesis, Bruxelles, pp. 285-322.

149. Vid. por todos, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO. S. *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 120.

150. Sobre la «*spécialisation normative par la voie judiciaire*» del DIPr, vid GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Ibid.*, «Diversification, spécialisation,...», *loc. cit.*, pp. 188-189. MAYER, P. («La protection de la partie faible...», *loc. cit.*, p. 523) alude, en este sentido, a la Sent. *Tribunal de Grande Instance de Dunkerque*, de 19 de febrero de 1986, que delimitó el ámbito espacial de la Ley francesa de 10 de enero de 1978 sobre crédito al consumo aplicándola a un contrato celebrado entre un vendedor belga y un consumidor francés con motivo de que «*la protection de consommateur par les lois de l'Etat sur le territoire duquel il a sa résidence habituelle ne peut lui être refusée en vertu d'une loi étrangère, au moins lorsqu'il a été sollicité dans son pays, comme c'est le cas en l'espèce*». HARTLEY, T. C. («Consumer protection provisions...», *loc. cit.*, pp. 117-118), en referencia a la pone de relieve el enfoque seguido por la jurisprudencia inglesa en el asunto *English v. Donnelly* en 1958, deduciendo el ámbito de aplicación de las normas imperativas, consistente en «*to accept that the choice of law clause is valid in general, but to hold that the consumer-protection legislation applies even if it is not part of the governing law, so long as the transaction comes within its scope. This normally involves interpreting the statute to discover what its intended scope was or, more realistically, to decide what scope it would be reasonable to give it*».

151. Cf. MAYER, P., «La protection de la partie faible...», *loc. cit.*, p. 521; HARTLEY, T. C., «Mandatory rules in international...», *loc. cit.*, p. 348. En el ámbito europeo, cf. la Sent. TJCE de 2 de noviembre de 2000, As. C-381/98 *Ingmar*.

152. Siguiendo a DE MIGUEL ASENSIO, P. A. («Derecho imperativo...», *loc. cit.*, pp. 2869-2870), la remisión global por la norma de conflicto al ordenamiento extranjero es a todas las normas imperativas de la *lex causae*, siempre que el supuesto de hecho quede comprendido del alcance espacial de tales disposiciones, e, igualmente, a las normas dispositivas, en la medida en que los interesados no hayan acordado su sustitución. Esta posición mayoritaria contrasta con otra línea doctrinal minoritaria que excluye de la remisión las normas imperativas de dirección de la *lex causae*, sosteniendo para ello la función de regulación de in-

permite que el DIPr cumpla su función de coordinador de sistemas, consiguiendo una reglamentación más respetuosa con la naturaleza internacional que caracteriza a este tipo de relaciones. Sin embargo, la posibilidad de aplicar normas imperativas extranjeras pertenecientes a terceros Estados presenta, *a priori*, mayores dificultades, puesto que se trata de un planteamiento que se aparta de las soluciones conflictuales clásicas¹⁵³. No obstante, con el tiempo se han ido abriendo paso dos construcciones en la doctrina que, desde diversos planteamientos, apuntan en esta dirección. Nos referimos a las corrientes neoconflictualistas y la doctrina de la co-nexión especial¹⁵⁴.

2.2.1. Corrientes neoconflictualistas

38. La corriente neoconflictualista considera posible la aplicación de las normas imperativas extranjeras gracias a la bilateralización de las normas de extensión que delimitan el ámbito de aplicación de las normas imperativas de la *lex fori*. Dentro de esta corriente es preciso distinguir dos posiciones muy distintas. Nos referimos al bilateralismo formal y el bilateralismo funcional. En la primera corriente se hallan autores, como A. Toubiana¹⁵⁵ y F. Deby-Gerard¹⁵⁶, quienes consideran que la bilateralización de las normas de extensión, expresa o implícitamente, previstas en las normas imperativas de la *lex fori* es el medio adecuado para hacer aplicables en el foro las leyes de policía de terceros países, sustentando tal posibilidad en la equiparación que realizan de la norma unilateral de extensión como una norma de conflicto bilateral aún inmadura, inacabada y, por tanto, susceptible de bilateralización.

Dicho planteamiento ha recibido tantas críticas como grietas presenta esta doctrina¹⁵⁷, lo que explica su no consagración positiva. Una primera objeción hace referencia al más que posible problema de asimetría entre las esferas de aplicación de la ley de policía del foro y la ley de policía extranjera y, con ello, el riesgo de que se declare aplicable una ley que no tiene vocación alguna¹⁵⁸. La segunda tiene que ver

tereses privados que asignan a la norma de la conflicto, en contraposición con la salvaguardia de intereses públicos que caracterizan a aquéllas (*vid.*, por todos, en relación con esta posición, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, Beramar, 1993, pp. 122-130).

153. Cf. GARDEÑES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla...*, *op. cit.*, p. 132.

154. Cf. PÉREZ BEVIÁ, J. A., «Disposiciones imperativas y normas de policía en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *Revista Española Derecho Internacional*, nº 1, 1982, pp. 89 y ss.

155. *Id.*, *Le domaine de la loi du contrat en Droit international Privé. Contrats internationaux et dirigisme étatique*, Paris, Dalloz, 1972, pp. 231 y ss.

156. *Id.*, *Le rôle de la règle...*, *op. cit.*, pp. 54-56.

157. Cf. IMHOFF-SCHEIER, A.-C., *Protection du consommateurs...*, *op. cit.*, pp. 164-166. LECRERC, F. «La protection de la partie faible...», *loc. cit.*, pp. 321-324.

158. IMHOFF-SCHEIER, A.-C., *Protection du consommateurs...*, *op. cit.*, p. 164. En lógica coherencia con su planteamiento bilateralista DEBY-GERARD, F. (*Le rôle de la règle...*, *op. cit.*, pp. 73-77) se había anticipado a este posible imprevisto recurriendo al expediente del reenvío y, por lo tanto, a bilateralizar la «norma de conflicto unilateral», expresa o implícitamente prevista en la ley de policía extranjera. Poco más se puede decir a nuestro juicio de esta solución que hace un desacertado recurso al reenvío como anclado en superadas concepciones competencialista e hipotecado por el error de confundir unilateralismo global y unilateralismo parcial.

con la necesaria subordinación de la aplicación de la ley de policía extranjera a la existencia de una disposición análoga en el foro¹⁵⁹. En este sentido, las concepciones neo-conflictualistas parten del error de equiparar las normas de extensión que acompaña a las leyes de policía como auténticas normas de conflictos unilateral, cuando en realidad no constituyen el vehículo normativo del unilateralismo global, sino, al contrario, conviven con la técnica bilateral. La bilateralización de las normas de extensión no resulta posible en el unilateralismo parcial en la medida que, como se ha señalado *supra*, aquéllas operan en relación con grupos normativos (o preceptos normativos), asignándoles una esfera de eficacia delimitada en función de su objetivo. A todos aquellos supuestos que caen fuera de su ámbito, el juez del foro no debe resolver bilateralizando la conexión prevista en la ley de policía del foro, sino aplicando la *lex causae*.

39. Precisamente, por este último motivo rechazamos también la tesis de P. Mayer consistente en posibilitar la aplicación de las leyes de policía de terceros Estados a través de la bilateralización de la norma de extensión, si bien, a diferencia de la posición doctrinal anterior, no siempre en todos los casos sino cuando funcionalmente resulte posible. Concretamente, cada vez que en relación con la regulación de una materia concreta exista una comunidad de derecho en torno al ámbito de aplicación de las leyes de policía¹⁶⁰. P. Mayer lo expone de manera sucinta: «(L)orsqu'un juge prend en compte une loi de police étrangère, il doit s'interroger sur l'objectif poursuivi par l'auteur de cette règle. Toute bilatéralisation du critère spatial du for paraît donc en principe condamnée. Cependant, lorsque l'on constate que dans un domaine particulier de nombreux Etats ont édicté des règles analogues, poursuivant le même objectif, il est concevable d'énoncer de façon bilatérale la règle ordonnant au juge de tenir compte des lois de police»¹⁶¹. Pese a inspirarse en principios tan

159. Como señala LECLERC, F. («La protection de la partie faible...», *loc. cit.*, p. 324), «cette tentative de bilatéralisation n'échappe pas à la critique plus générale selon laquelle elle subordonne l'application d'une loi de police étrangère à l'édiction d'une disposition analogue au sein de l'ordre juridique du for, et de ce fait, outre les inconvénients pratiques qui en résultent, trahit la spécificité de ces règles dont l'intervention est exclusivement fonction de leur teneur et d'elle seule». En el mismo sentido, IMHOFF-SCHIEIER, A.-C., *Protection du consommateur...*, *op. cit.*, pp. 164-165.

160. Como señala MAYER, P. («Les lois de police étrangères...», *loc. cit.*, p. 295): «il n'est pas inimaginable que le législateur du for estime, sur la base d'observations comparatives, qu'un contenu type ou une finalité type caractérise toujours une certaine catégorie de lois de police, et appelle un certain rattachement. La méthode, reposant sur une présomption, présente l'inconvénient de l'absence de finesse, mais l'avantage de la simplicité. Elle permet par ailleurs de présenter sous une forme presque classique le recours à la méthode des lois de police, sans susciter donc les résistances qui se manifestent encore à l'égard de celle-ci».

161. *Id.*, «La protection de la partie faible...», *loc. cit.*, p. 523. En este mismo sentido, P. Mayer señala («Les lois de police étrangères...», *loc. cit.*, p. 324): «trois ordres de facteurs peuvent inciter le juge à ne pas appliquer la loi de police qu'il «se veut applicable»: la loi de police veut s'appliquer à une situation donnée sans que cela soit réellement nécessaire à la réalisation de la politique qu'elle poursuit; les intérêts qui tendent à l'application de la loi de police ne sont pas légitimes; le système politique et économique de l'Etat étranger rend trop systématique son recours au procédé des lois de police». Precisamente, lo que acontecen, en opinión de autor, en materia de protección al consumidor a resultados de la conexión de la residencia habitual (*ibidem*, p. 319): «s'il est possible de se référer à une fonction unique, appelant dans toute législation un même rattachement, le juge peut se contenter de vérifier que la règle étrangère désignée par le rattachement remplit bien cette fonction, pour l'appliquer si la réponse est affirmative. C'est ce que prévoit l'article 5 de la Convention de Rome, à l'égard de la fonction «protection du consommateur» et du rattachement «résidence habituelle du consommateur».

loables para el DIPr —el método comparado, la coordinación de sistemas jurídicos, el ideal de la armonía internacional de las soluciones—, lo mismo que acontece con la corriente doctrinal anterior, la ausencia de laguna jurídica nos lleva a no compartir esta construcción doctrinal que demanda la bilateralización de la norma de extensión¹⁶². Cosa muy distinta, a nuestro juicio, es la posterior proyección de todos estos datos nacionales e internacionales en el seno de la metodología bilateralista, a través de una regulación conflictual desligada de todas las ataduras propias de la función de delimitación espacial inherente a las leyes de policía.

2.2.2. La doctrina de la conexión especial

40. Una alternativa bien distinta para la aplicación de las normas imperativas de un tercer Estado viene de la mano de la teoría de la conexión especial o autónoma (*Sonderanknüpfung*) de W. Wengler¹⁶³ y K. Zweigert¹⁶⁴, adaptada, posteriormente, por B. von Hofmann al ámbito de la protección de la parte débil¹⁶⁵. Hostil a la bilateralización de las normas de extensión de la *lex fori*, esta doctrina se ayuda del pluralismo de métodos o técnicas de reglamentación al punto de configurar un unilateralismo global en su propósito de aplicar normas imperativas de terceros países¹⁶⁶, cercano a la teoría del *governemental interest analysis* en los Estados Unidos¹⁶⁷. Concretamente, asignando a la *lex contractus* su función reguladora y poniendo el énfasis, más allá del unilateralismo parcial, no sólo en las normas imperativas de la *lex fori*, sino también, con el objeto de asegurar la cooperación entre Estados y garantizar la armonía internacional de las soluciones, en las disposiciones imperativas de un tercer ordenamiento jurídico, siempre bajo la condición de que se trate de normas imperativas con voluntades de aplicación razonables susceptibles de preservar el respeto al equilibrio de la comunidad internacional¹⁶⁸.

162. Lo cual es sorprendente en MAYER, P. (*ibidem*, pp. 258-301), quien pone un especial interés en la diferencia entre las normas de conflicto unilateral y las leyes de policía.

163. Cf., *id.*, «Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht», *Zeitschrift vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, pp. 168 y ss.

164. Cf. *id.* «Autonomie de la volonté et dispositions impératives», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1957, p. 579 y ss.

165. Cf. *id.* «Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen», n° 2, *Rabels Zeitschrift*, 1974, pp. 396 y ss.

166. En palabras de IMHOFF-SCHEIER, A.-C. (*Protection du consommateur...*, *op. cit.*, p. 170), «l'unilatéralisme de von Hofmann et plus généralement l'unilatéralisme sous-jacent a la «Sonderanknüpfung» (...) constitue une évolution par rapport a l'unilatéralisme de l'inventeur des lois d'application immédiate: de partiel, l'unilatéralisme devient entier».

167. De especial interés es la comparación de HARTLEY, T. C. («Mandatory rules in international...», *loc. cit.*, p. 356) entre la doctrina norteamericana del *governemental interest analysis* de B. Currie y las doctrinas continentales de la conexión especial: «This is the theory that the social purpose or a function of a rule may, if it is important enough, itself constitute a ground for its application internationally, even if it is no part of the proper law or even of the *lex fori*. The theory may be regarded as a species of interest analysis, though its origins are earlier than the classic expositions of interest analysis in the United States».

168. Precisamente, esto explica el rechazo por esta doctrina de las normas imperativas de terceros países con voluntades de aplicación excesivas. Como indica LECLERC, F. («La protection de la partie faible...», *op. cit.*, p. 326): «l'auteur entend viser la nécessaire subordination des règles internationalement impératives aux besoins d'équilibre de la communauté internationale que l'on doit préserver de la volonté d'application excessive manifestée par certains droits nationaux égoïstes».

41. La teoría de la conexión especial conoce su consagración positiva en el marco de la codificación estatal (art. 19 Ley DIPr suiza y art. 3079 Cc Quebec)¹⁶⁹, convencional (art. 7.1. CR)¹⁷⁰ e institucional (art. 9.1 RRI)¹⁷¹. Junto a la aplicación de normas imperativas pertenecientes a la *lex fori* y a la *lex contractus*, los arts. 7.1 CR y 9.1 RRI ofrecen al juez del foro la posibilidad de dar efectos a normas imperativas de un tercer Estado¹⁷², supeditada, de un lado, a su vocación de aplicación; de otro, a un análisis casuístico de su naturaleza y objeto¹⁷³, y, por último, a las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación. En relación con las consecuencias que pueden derivar de la incidencia de las normas imperativas de terceros Estados sobre el contrato internacional, la expresión «podrá darse efecto», que utilizan los preceptos señalados, dejan un cierto margen al juez del foro para aplicar en sentido estricto las normas de intervención de un tercer ordenamiento, o bien simplemente para tomarlas en consideración al configurar el supuesto de hecho de la norma material de la *lex contractus*. La primera posibilidad, como

169. Art. 19 Ley suiza de DIPr: «*Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit.*». El art. 3079 Cc Quebec dispone: «*Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre Etat avec la situation présente un lien étroit (...)* Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition, ainsi que des conséquences qui découleraient de son application».

170. Art. 7.1 CR: «*Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente en vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.*».

171. Art. 9.3 RRI: «*También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.*».

172. A diferencia del CR, el art. 9.3 RRI limita el elenco de leyes que han de tenerse en cuenta, al prever sólo las del país o países donde debe cumplirse alguna de las obligaciones del contrato, condicionado siempre que dichas leyes conlleven la ilegalidad del cumplimiento del contrato. Dicha reducción, como señalan FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S. (*Derecho internacional...*, op. cit., p. 527), fue un guiño para procurar la participación del Reino Unido e Irlanda en el RRI a la vista de la reserva que realizaron, junto a Alemania y Luxemburgo, a la aplicación del art. 7.1 CR.

173. Cuestión que pasa por el examen de los intereses u objetivos de política legislativa protegidos por ellas, su compatibilidad con las concepciones imperantes en el foro y la efectividad internacional de la solución adoptada. Como señalan FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S. (*ibidem.*, p. 527): «*En la decisión de aplicar las normas imperativas de terceros Estados es fundamental identificar el valor de protección o interés público que subyace en la norma imperativa, pues sólo cabe su aplicación cuando ese valor o finalidad sea reconocido como legítimo en el propio sistema jurídico del juez: protección del consumidor, de la libre competencia, del medio ambiente (...)*». En el mismo sentido DE MIGUEL ASENSIO, P. A. («*Derecho imperativo...*», loc. cit., p. 2875): «*Los objetivos de política legislativa que persigue la norma de intervención extranjera son determinantes en la valoración de su naturaleza y objeto. El aplicador ha de sopesar en qué medida tales objetivos —así como los valores que inspiran las normas en cuestión— son compatibles con las concepciones imperantes en el foro, si los intereses protegidos por la norma se hallan afectados en la situación enjuiciada, si dar efecto a la norma promueve los intereses del foro en ese ámbito (...)*». En el mismo sentido, VIRGÓS SORIANO, M., «*El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980...*», loc. cit., pp. 820-821; BUCHER, A. «*L'ordre public et le but social...*», loc. cit., pp. 95-96.

bien señala P. A. de Miguel Asensio¹⁷⁴, se corresponde con la técnica conflictual, mientras que la segunda con la técnica material. La vía conflictual sigue fielmente los postulados de la doctrina de la conexión especial, propugnando la aplicación en sentido estricto de la consecuencia jurídico-privada prevista por la ley de policía extranjera¹⁷⁵. La vía material, por el contrario, se supone más cercana con teoría de la *local data* de A. Ehrenzweig, tomando en cuenta la norma extranjera (embargos, prohibiciones a la exportación de determinados bienes, control administrativo de importaciones, inversiones, etc.), en el marco de la *lex contractus* para integrar conceptos como el de fuerza mayor, imposibilidad legal sobrevenida o causa ilícita, por ejemplo¹⁷⁶.

42. Con independencia de la vía que permita la toma en consideración de las normas imperativas de terceros Estados, en el transcurso de la cuestión subyace el principio de cooperación internacional sobre el que se asienta el DIPr, entendido de una forma distinta a la tradicional. Transcribiendo las palabras de J. M. Espinar Vicente¹⁷⁷, «(n)o basta con entender que cada Estado soberano es libre de establecer la regulación que estime oportuno, es preciso que lo regulado en ese país se ajuste a los parámetros de legitimidad internacionalmente homologados. Si una norma imperativa extranjera defiende los intereses particulares de un Estado que la promulga de tal manera que pueda afectar negativamente a los de la Comunidad internacional en su conjunto, no debe darse juego en el foro a tales disposiciones. Las premisas sobre las que ahora reposa el deber de cooperación solidaria exige, en pura lógica, tener en cuenta las disposiciones tuitivas de cualquier Estado que pudiera verse afectado por un supuesto de esta naturaleza. No tendría sentido cerrarse al juego de las normas que salvaguardan los intereses públicos de otros Estados pretextando que la norma de conflicto aplicable no ofrece cauce para ellos. Cuando la vocación de aplicación de una norma que defiende un interés público ha sido despertada por el devenir de un negocio jurídico, el deber de cooperar –entendido como una obligación de solidaridad– sigue exigiendo su toma en consideración en atención a que efectivamente el objeto de esas disposi-

174. *id.* «Derecho imperativo...», *loc. cit.*, pp. 2877-2878.

175. La aplicación por la jurisprudencia de leyes imperativas de un tercer Estado ha sido relativamente escasa. Los casos más célebres han sido las decisiones *Ralli Bros v. Compañía Naviera Soto y Aznar* en el que el tribunal inglés aplicó una limitación en el precio de la mercancía impuesta por la ley española, a pesar de que la *lex contractus* era la inglesa; *Alnati*, donde el *Hoge Raad* holandés reconoció que un Estado cuyos intereses fundamentales estén en juego puede tener interés en que se cumplan sus leyes aún fuera de su territorio, con lo cual aplicó la ley belga, a pesar de que la ley aplicable al contrato era la holandesa. Evidentemente, la naturaleza de la norma extranjera condiciona el alcance de los efectos atribuibles a la misma. Solo las normas que establecen consecuencias de derecho privado podrán ser aplicadas en sentido estricto por el juez del foro (*vid.*, al respecto, en nuestra doctrina GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Civitas, 1992, pp. 257-261. Siguiendo a DE MIGUEL ASENSIO, P. A. («Derecho imperativo...», *loc. cit.*, p. 2876), el sector de la libre competencia es un terreno propicio para la vía conflictual en la medida en que el objeto de las normas *antitrust* no supone un obstáculo a la aplicación de sus consecuencias civiles al fundamentarse en principios similares y tutelar intereses semejantes.

176. En la práctica jurisprudencial comparada (inglesa, francesa, holandesa, alemana y suiza) declarando en estas circunstancias la ineficacia de los contratos litigiosos, *cf.* BUCHER, A., «La dimensión sociale du Droit international privé», *R. des C.*, t. 311, 2009, pp. 9-526, esp. pp. 348-353.

177. *Id.*, «Contratación internacional...», *loc. cit.*, p. 1207.

ciones atiende a salvaguardar interés nacionales o internacionales asumidos por la *lex fori*»¹⁷⁸.

IV. CONCLUSIONES

43. Sin entrar a valorar la complejidad consustancial a la aplicación práctica de las soluciones bilateralistas, al igual que unilateralistas, podemos concluir sobre la bondad de las soluciones positivizadas en el marco de la reglamentación conflictual en materia contractual, en la medida en que reproducen la pluralidad metodológica, doctrinalmente aceptada. No obstante, se debe advertir que la idoneidad de las soluciones conflictualistas resulta condicionada por el grado de pluriconexión del contrato, en la medida en que no todos los contratos participan de la misma manera en la vida internacional. Atendiendo al índice de heterogeneidad es posible diferenciar entre contratos absolutamente internacionales y contratos relativamente internacionales. Las soluciones conflictualistas parecen tener su encaje lógico en la segunda categoría¹⁷⁹, toda vez que el tríptico de intereses (partes, estatal y comunidad internacional) resulta perfectamente colmado a través del juego cerrado de la *lex contractus* y las normas imperativas de la *lex fori* y de la *lex loci executionis*. Precisamente, el reducido grado de heterogeneidad, que caracteriza a los contratos relativamente internacionales, explica también su tratamiento similar del que ofrece el legislador a las relaciones contractuales domésticas. Prueba de ello es que, a pesar de la localización voluntaria que le hayan querido conferir las partes, el contrato termina localizándose, sea a través de la técnica bilateral (conexiones objetivas) o unilateral (normas imperativas), dentro del marco de reglamentación del entorno jurídico al que realmente pertenece¹⁸⁰. Por el contrario, los contratos absolutamente internacionales necesitan de una reglamentación específica, adaptada al medio internacional en el que se desarrollan. Por ello, con independencia de la fuente, el método sustantivo deviene la técnica de reglamentación idónea para la regulación de este tipo de contratos internacionales y, con ello, la conveniencia de la autonomía conflictual mercatoria.

178. En esta misma dirección FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S. (*Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 527), señalan que «(e)n la decisión de aplicar las normas de terceros Estados es fundamental identificar el valor de protección o interés público que subyace en las norma imperativa, pues sólo cabe su aplicación cuando un valor o finalidad sea reconocido como legítimo en el propio sistemas jurídico del juez: protección del consumidor, de la libre competencia, del medio ambiente... En contrapartida no es admisible la aplicación de normas de intervención que conculcan los valores expresados en el Derecho económico, en el Derecho europeo o en el propio Derecho español, hecho que suele resultar relativamente habitual cuando se trata de normas de retorsión económica o que persiguen estrictamente la salvaguardia o protección económica del Estado al que pertenecen (*ad ex.*, Ley Torricelli o Ley Helms Burton en EEUU)».

179. Análogamente, la aptitud de las soluciones conflictuales se desvanece cuanto más alto sea la dispersión de los elementos en la situación contractual, como acontece con los contratos absolutamente internacionales. Esto explica, entre otras cuestiones, que está categoría de contratos intencionales se compeadezca con la técnica de reglamentación sustantiva de DIPr (*vid.*, por todos las razones esgrimidas por JUENGER, F. K., y SÁNCHEZ LORENZO, S., «Conflictualismo...», *loc. cit.*, pp. 15-47).

180. *Vid.* ESPINAR VICENTE, J. M., «Contratación internacional...», *loc. cit.*, p. 1212-1215.