

DERECHO IMPERATIVO Y RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

Homenaje a Don Antonio Hernández Gil, tomo III,
Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2857-2882

ISBN: 84-8004-450-0

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

Nota: Los números de las páginas no coinciden con los de la publicación, pero sí es idéntica la numeración de los párrafos, por lo que las citas a este documento pueden ir referidas a los números de los párrafos.

ABSTRACT

Mandatory rules are closely related to public policy and are present in different fields of the law. To study the specific issues raised by the application of mandatory rules to cross-border relations it is necessary to differentiate between the rules of the law of the forum, rules that belong to the *lex causae* and the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a significant connection. The effect that may be given to latter are especially controversial, as illustrated by the application of Article 7 of the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. The application of mandatory rules in international commercial arbitration is also discussed.

Keywords: Mandatory rules, Conflict of Laws, International Private Relations

RESUMEN

El estudio de la aplicación de normas imperativas a las relaciones privadas transfronterizas exige analizar la vinculación entre tales normas y el orden público, así como identificar los diversos sectores del ordenamiento en los que dichas normas están presentes, tanto en el ámbito económico como en el no patrimonial. Asimismo, resulta preciso diferenciar entre las normas imperativas del foro, del ordenamiento aplicable al fondo de la controversia y de terceros Estados con los que el supuesto pueda estar conectado. Este último aspecto reviste especial importancia, como ilustra las dificultades inherentes a la aplicación del artículo 7 Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a los contratos internacionales. También es objeto de análisis la aplicación de normas imperativas en el arbitraje comercial internacional.

Palabras claves: Normas imperativas, ley aplicable, relaciones privadas internacionales

DERECHO IMPERATIVO Y RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

SUMARIO: I. Introducción. II. Caracterización de las normas imperativas en las relaciones transfronterizas. 1. Delimitación conceptual: normas imperativas y orden público. 2. Sectores normativos. III. Aplicación del Derecho imperativo del foro. 1. Relaciones con la ley aplicable al fondo. 2. Alcance de las disposiciones legales específicas. 3. Consecuencias de la aplicación. IV. Aplicación del Derecho imperativo extranjero. 1. Remisión conflictual: ley aplicable al fondo. 2. Otras vías ¿criterios específicos de conexión? 3. Significado del artículo 7.1 del Convenio de Roma de 1980. A. Presupuestos de la eficacia de normas imperativas de terceros Estados. B. Consecuencias. C. Reflexión sobre otras materias. V. Derecho imperativo y arbitraje internacional.

I. Introducción

1. Entre las normas reguladoras de las situaciones privadas algunas presentan carácter imperativo¹, circunstancia ésta que se halla vinculada normalmente al peculiar alcance de ciertas reglas jurídicas en el ámbito transfronterizo. En particular, la naturaleza imperativa de ciertas normas condiciona decisivamente el régimen jurídico de los negocios internacionales². En una primera aproximación, el alcance espacial del derecho imperativo presenta diversas manifestaciones. Una importancia menor reviste aquí, pues es algo que ocurre en los mismos términos en las situaciones internas, el hecho de que en la medida en que el ordenamiento (español o extranjero) al que pertenecen las normas imperativas sea

¹ Escasa importancia tiene ahora la circunstancia de que el ordenamiento estatal aplicable a la concreta relación privada internacional es determinado típicamente en virtud de una regla (de conflicto) imperativa (en los términos del artículo 12.6.I C.c.), aunque en las materias en las que la autonomía de la voluntad opera como criterio de conexión preferente, que permite elegir el ordenamiento aplicable, el resto de los criterios localizadores presentan carácter dispositivo.

² Circunstancia analizada ya hace décadas por A. Hernández Gil, al valorar en el marco del artículo 1.105 C.c. -como ley aplicable al contrato- el alcance de las medidas prohibitivas de exportación como supuesto de fuerza mayor determinante de la extinción sin responsabilidad de una obligación de suministro, *vid.* A. Hernández Gil, “El caso fortuito y la fuerza mayor. Su aplicación a unas medidas prohibitivas de exportación”, *id.*, *Obras completas. Tomo III. Derecho de obligaciones*, Madrid, 1988, pp. 503-527.

el que rijan -conforme a las reglas de conflicto- una concreta relación privada internacional no es posible que los particulares implicados excluyan la aplicación de las normas que presentan ese carácter (acordando su sustitución por otras).

Más trascendencia presenta el dato de que, como consecuencia de su fundamento y de los intereses que tutela, buena parte del Derecho imperativo español (y comunitario) debe ser aplicado, habida cuenta de su ámbito espacial, por los tribunales y autoridades españoles a determinadas situaciones privadas internacionales cualquiera que sea el ordenamiento designado por la norma de conflicto relativa a esa categoría de situaciones (es decir, incluso si es un ordenamiento extranjero); al tiempo que el Derecho imperativo desempeña un papel esencial en la configuración y expresión del orden público, institución determinante en situaciones concretas de la eventual inaplicación de las normas del ordenamiento extranjero al que se remite la regla de conflicto (12.3 C.c.). Por último, el acusado incremento del tráfico jurídico-privado internacional y la toma de conciencia acerca de la necesidad de cooperación internacional y de coordinación entre los sistemas jurídicos nacionales a fin de satisfacer importantes intereses tutelados por esos ordenamientos, son circunstancias que se encuentran en el origen de disposiciones -bien conocidas en la codificación actual de D.I.Pr., como ilustra en nuestro ordenamiento el apartado 1 del artículo 7 CR³- que prevén expresamente la repercusión sobre situaciones privadas transfronterizas de ciertas normas imperativas de un ordenamiento extranjero distinto del que es aplicable al fondo de la situación.

2. No es posible una valoración de conjunto de la repercusión del Derecho imperativo en la reglamentación de las situaciones privadas internacionales sin diferenciar el análisis en atención a varios criterios, determinantes de la estructura de esta contribución. En concreto, los diversos niveles de conexión que el ordenamiento al que pertenece el Derecho imperativo puede presentar con la eventual controversia y con el sistema jurídico llamado a resolverla, aconsejan dividir el estudio en función de que la normativa imperativa pertenezca al foro -es decir, al ordenamiento cuyos tribunales o autoridades conocen de la controversia-, al ordenamiento que es aplicable al fondo del litigio (*lex causae*) o a un ordenamiento extranjero distinto. Por otra parte, con carácter previo es preciso

³ CR o Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 junio de 1980 (BOE núm. 171, de 19-VII.1993).

valorar los diversos matices con que el ordenamiento al que pertenecen las normas relevantes establece la naturaleza imperativa de éstas, en especial en lo que concierne a su necesaria aplicación a las situaciones privadas internacionales; dato éste que se relaciona estrechamente con el análisis de los diversos sectores normativos en los que están presentes las normas imperativas y el fundamento y contenido de éstas.

3. En la reflexión acerca del impacto del Derecho imperativo en la regulación de las situaciones privadas internacionales debe ocupar un lugar destacado el estudio de las normas que abordan específicamente esta cuestión, en particular las del mencionado artículo 7 CR, pues su interpretación y aplicación resulta especialmente controvertida, si bien sus criterios tienden a consolidarse en nuestro ordenamiento, como ilustra la reciente propuesta de incorporar una solución sobre el particular equivalente a la del CR en la unificación comunitaria de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales⁴.

Es en materia contractual donde presenta particular interés la eficacia en la regulación de situaciones privadas internacionales de normas imperativas de ordenamientos distintos a la ley aplicable al fondo, como consecuencia, entre otros elementos, de la intervención estatal en la ordenación del mercado y del alcance de la autonomía de la voluntad como criterio de conexión en materia contractual. Si bien, la injerencia estatal imperativa está presente también en ámbitos sustancialmente diferentes en los que la salvaguarda de intereses generales ha motivado el desarrollo de un elaborado marco imperativo -como ocurre en materia de protección de menores-, reclama especial atención la repercusión de dicha injerencia sobre los negocios internacionales, es decir, el sector de la contratación, en el que se proyecta particularmente la intervención estatal en las relaciones privadas⁵.

En la medida en que en el ámbito contractual la facultad sin apenas restricciones de que las partes seleccionen la ley aplicable facilita que la *lex causae* pueda ser un ordenamiento cuya vinculación con la situación negocial es escasa (incluso inexistente, conforme al art. 3 CR), se acentúa la necesidad de contar con mecanismos que

⁴ El artículo 9 de la *Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, adoptada en septiembre de 1998 por el llamado Grupo europeo de Derecho internacional privado -*Rev.cr.dr.int.pr.*, vol. 87, 1998, pp. 802-807, p. 805- reproduce sustancialmente el artículo 7 CR.

⁵ *Vid., v. gr.*, F. De Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 16-17.

permitan a los tribunales el recurso a las normas que son expresión de intereses estatales y sociales básicos de ordenamientos estrechamente conectados con el contrato al configurar el régimen jurídico de éste. La progresiva extensión de la autonomía de la voluntad como criterio de conexión a otras materias -como ocurre, por ejemplo, en el ámbito extracontractual de manera expresa con el artículo 8 de la reseñada propuesta de convención- parece ir unida a una mayor necesidad de establecer vías para hacer posible la eficacia de normas imperativas de ordenamientos estrechamente conectados con la situación privada de que se trate.

II. Caracterización de las normas imperativas en las relaciones transfronterizas

1. Delimitación conceptual: normas imperativas y orden público

4. La clasificación de tipos de normas imperativas no es sencilla y con frecuencia de dudosa utilidad práctica. Cabe distinguir, por ejemplo, en el plano interno, entre normas absolutamente imperativas y normas relativamente imperativas, cuando éstas permiten ser derogadas en determinadas circunstancias, en particular, en favor de normas que no menoscaban el objetivo de protección, como prevé el artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro⁶, que tras proclamar en general el carácter imperativo de sus preceptos, admite que se entenderán válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado (algo similar ocurre en el plano internacional -aplicación de la ley elegida por las partes- en los arts. 5 y 6 CR con las normas imperativas de la residencia habitual del consumidor y de la ley aplicable al contrato de trabajo a falta de elección).

En el ámbito transfronterizo la clasificación básica es la que individualiza entre las normas imperativas existentes aquellas que son imperativas en la dimensión internacional. En efecto, caracterizadas por dos elementos aparecen, como categoría normativa de Derecho internacional privado (D.I.Pr.), bien conocida por la doctrina y que encuentra una creciente atención expresa en las reformas legislativas en materia de D.I.Pr., como ilustra el artículo 17 de la Ley italiana de 31 de mayo de 1995⁷, las llamadas normas

⁶ Vid. F. Sánchez Calero “Artículo 2. Aplicación de la Ley”, *id.* (dir.), *Ley de contrato de seguro (Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones)*, Pamplona, 1999, pp. 44-72, pp. 65-66.

⁷ Cf. T. Treves, “Articolo 17”, F. Pocar y otros, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padua, 1996, pp. 84-88, p. 87, señalando el riesgo de que la

materiales imperativas, que también reciben las denominaciones, entre otras, de normas de aplicación necesaria, leyes de policía o normas de intervención⁸. Por una parte, se trata de disposiciones imperativas; por otra, son aplicables a las situaciones privadas internacionales comprendidas en su ámbito espacial con independencia de las normas de conflicto generales, es decir, cualquiera que sea la ley que rijan la concreta situación privada⁹. Las normas que integran esta categoría tienen como objetivo satisfacer intereses básicos del ordenamiento (normalmente de política económica o comercial, pero también social, por ejemplo, las destinadas a la tutela de determinados colectivos)¹⁰; de modo que el contenido y fundamento de estas normas materiales condicionan normalmente su peculiar ámbito espacial de aplicación, al tiempo que éste presupone que la norma persigue cierta finalidad. Al tratarse de normas materiales que operan al margen de las normas de conflicto generales, suelen ir unidas a una regla que determina su ámbito de aplicación en el espacio¹¹. Ciertamente, el alcance espacial de esas normas viene determinado por específicos criterios de conexión imperativos -como ocurre, por ejemplo, con el criterio de

introducción de disposiciones legislativas que establecen la prevalencia de las normas de esta categoría pueda promover un recurso excesivo a esta difusa categoría de normas.

⁸ Acerca de las opciones terminológicas, *vid., v. gr.*, F. Vischer, "General Course on Private International Law", *R. des C.*, 1992-I (t. 232), pp. 9-256, p. 154; J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, 1996, p. 315). En la doctrina alemana se ha impuesto el término normas de intervención (*Eingriffsnormen*), *cf., v. gr.*, J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed, Tubinga, 1997, pp. 18-24, si bien la expresión es utilizada con frecuencia para referirse sólo a ciertas normas imperativamente aplicables al tráfico externo, en particular, aquellas destinadas a satisfacer intereses económicos o políticos estatales, *vid., v. gr.*, M. Schubert, "Internationale Verträge und Eingriffsrecht - ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrechts", *RIW*, vol. 33, 1987, pp. 729-746, p. 731, n. 29; en una línea similar, en el contexto francés, hay quien considera las *lois de police* como una subcategoría específica de las *lois d'application immédiate*, *vid.* P. Mayer, *Droit international privé*, 5ª ed., París, 1994, pp. 88-96.

⁹ Destacando esos dos elementos, *vid.* K. Schurig, "Zwingendes Recht, <Eingriffsnormen> und neues IPR", *RebelsZ*, vol. 54, 1990, pp. 217-250, p. 228.

¹⁰ Acerca del contenido y los objetivos de estas disposiciones, *vid.*, I. Schwander, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Zúrich, 1975, pp. 275-284

¹¹ Típicamente una norma de extensión -que amplía la aplicación en el espacio de la ley del foro en detrimento de la solución general de la norma de conflicto-, que en ocasiones se halla implícita, *cf.* A. Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata no Direito internacional privado (Esboço de uma teoria geral)*, Coimbra, 1991, vol. II, pp. 830 y 890.

los efectos en el mercado respecto del Derecho de la competencia, con la salida de ciertos productos desde un territorio en la normativa sobre control de exportaciones o con la circunstancia de que un menor se encuentre en un territorio respecto a ciertas medidas de protección de menores- y desplazan al ordenamiento al que remite la regla de conflicto relativa a la relación jurídica transfronteriza sobre la que se proyectan las normas imperativas.

5. No obstante, la delimitación de una categoría de normas imperativas con base en el criterio de que son aplicables -conforme al propio ordenamiento del que forman parte- a las situaciones privadas internacionales en un determinado ámbito espacial con independencia de cuál sea la ley rectora de la situación privada no está exenta de dificultades, pues las normas imperativas (del foro) en su conjunto (no sólo las que son en todo caso imperativas en el plano internacional) pueden en ocasiones desplazar a las de la ley extranjera aplicable, en la medida en que ésta sea contraria al orden público del foro¹². Entre las dificultades para esa delimitación destaca el dato de que la imperativa aplicación a las situaciones de tráfico externo dentro de un concreto ámbito espacial sólo está prevista (expresamente) en algunas de las normas imperativas que pueden desplazar a la ley rectora del fondo.

De particular difusión goza la clasificación de las normas imperativas de D.I.Pr. en atención a los objetivos perseguidos¹³, en especial, en materia contractual, la separación entre normas destinadas a satisfacer intereses estatales de política económica, comercial, defensiva... y normas que tienen como objetivo principal la protección de la parte negocial considerada merecedora de especial tutela, en particular de los consumidores¹⁴. En esta línea, se pone el acento en que las primeras no repercuten sobre el contrato en atención a la relación interna entre los contratantes, sino que desempeñan una función institucional, mientras que las que se integran en la segunda categoría están destinadas a configurar

¹² Es claro incluso que si la normativa extranjera resulta incompatible con el orden público del foro, en la medida en que sea necesario acudir a la ley del foro para resolver la controversia, pueden ser de aplicación tanto normas imperativas como dispositivas de la ley del foro.

¹³ Cabe destacar entre las clasificaciones más elaboradas la ofrecida por K. Siehr, "Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht", *RabelsZ*, vol. 52, 1988, pp. 41-103, pp. 47-62; asimismo, *vid.* el capítulo primero de A. Bonomi, *Le norme imperative nel Diritto internazionale privato*, Zúrich, 1998.

¹⁴ *Vid., v. gr.*, J. Basedow, "Wirtschaftskollisionsrecht. (Teoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates)", *RabelsZ*, vol. 52, 1988, pp. 8-40, pp. 20, 27-31.

directamente el reparto de derechos y obligaciones entre los contratantes; de lo que tiende a concluirse que si bien las primeras no son sustituibles por normas de otros ordenamientos (de modo que al legislador interesa básicamente delimitar el alcance de las normas del foro, típicamente por medio de normas unilaterales o de normas de extensión), respecto de las segundas el dato esencial es asegurar la efectiva tutela de quien el ordenamiento considera merecedor de especial protección, objetivo que no excluye el empleo de reglas de conflicto bilaterales -materialmente orientadas-, pues se trataría de normas sustituibles por otras de ordenamientos extranjeros, siempre que se asegure la tutela deseada¹⁵.

6. Normas imperativas del foro, pese a ser en principio sustituibles por las de otros ordenamientos -en la medida en que la norma de conflicto designe un ordenamiento extranjero- pueden resultar en el caso concreto, típicamente a través de la llamada excepción de orden público, de imperativa aplicación a situaciones privadas internacionales regidas por una ley extranjera. Normas imperativas que no lo son en principio en el tráfico externo -pues no son aplicables necesariamente a situaciones privadas internacionales- resultarán de aplicación cuando la legislación extranjera a la que se remite la regla de conflicto para regular la situación sea incompatible con los estándares del orden público español. Si bien el razonamiento y la técnica aplicativa de las normas del foro son en principio diferentes, en uno (normas materiales imperativas) y otro caso (orden público)¹⁶ los resultados prácticos de la aplicación de estas dos técnicas son coincidentes, como muestra la jurisprudencia comparada en la que es habitual la confusión entre ambos¹⁷. Interesa destacar que un somero análisis permite apreciar que la pretendida coincidencia entre lo que se ha venido en llamar la dimensión positiva y la dimensión negativa del orden público internacional reclama consideraciones ulteriores, pues esta última conduce normalmente a la aplicación de normas que no son

¹⁵ Cf. M. Virgós, "Obligaciones Contractuales", J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado (Parte especial)*, 6ª ed., Madrid, 1995, pp. 178-180.

¹⁶ Vid. J.D. González Campos, J.C. Fernández Rozas, "Artículo 12. Apartado 3", (M. Albaladejo, S. Díaz Alabart), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 894-926, pp. 910-914.

¹⁷ Vid. P. Lagarde, "Public Policy", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. III, chapter 11, pp. 14-20. En esta línea, si bien en el contexto de la normativa sobre ejecución de laudos arbitrales, el TJCE en su sentencia de 1 de junio de 1999 en el asunto C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, se refiere reiteradamente al artículo 81.2 TCE (antiguo art. 85.2) como "una disposición de orden público".

internacionalmente imperativas.

En concreto, al menos en el ámbito contractual, la distinción aparentemente consolidada entre normas imperativas: de una parte, el grupo reducido de las que serían de aplicación a las transacciones internacionales cualquiera que sea la ley del contrato; de otra, la categoría más extensa que incluye todas las normas imperativas aplicables a los contratos (internos o internacionales regidos por ese ordenamiento), requiere ciertas precisiones. En línea de principio, las normas imperativas del régimen general de obligaciones contractuales¹⁸ se consideran imperativas sólo en el plano interno, de modo que no se aplican cuando el contrato se rige por una ley distinta. Existe 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 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.

Ahora bien, frente a lo que pudiera parecer, el contenido esencial de todas las normas que presentan carácter imperativo debe ser respetado tanto en los negocios internos como en los internacionales incluso regidos por una ley extranjera, es decir también normas imperativas típicas de derecho de obligaciones, habida cuenta de su fundamento¹⁹. Desde la vertiente negativa del orden público internacional, sin desconocer su carácter excepcional, cabe afirmar que la aplicación por nuestros tribunales de un ordenamiento extranjero debe excluirse cuando sea incompatible con los fundamentos de las normas imperativas de nuestro Derecho de obligaciones (por ejemplo, en el caso de que las normas extranjeras admitan la validez de un contrato celebrado bajo amenaza, o permitan conductas manifiestamente inequitativas de una de las partes). No es extraño que disposiciones en este contexto, como las relativas a la invalidez de los acuerdos en los que se emplea fuerza irresistible para arrancar el consentimiento (arts. 1.267 y 1.268 C.c.), carezcan de una delimitación expresa de su ámbito espacial de imperativa aplicación, al tiempo que la eficacia de muchas de estas normas reclama sólo corregir en aspectos puntuales la legislación

¹⁸ Que son las menos, pues la mayor parte de las normas de Derecho de obligaciones son dispositivas Cf. L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial (I, Introducción, Teoría del contrato)*, 5ª ed., Madrid, 1996, pp. 128-129.

¹⁹ Vid. K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed., Tubinga, 1996, pp. 374-382.

extranjera aplicable según las reglas de conflicto generales, para lo que la excepción de orden público resulta una técnica muy apropiada²⁰. No obstante, las normas imperativas que responden a intereses económicos, sociales o políticos estatales y tienen un ámbito de aplicación espacial imperativo específico diverso del de las normas sobre obligaciones contractuales -aunque condicionan su validez y eficacia- son objeto de un tratamiento diferenciado, en la medida en que normalmente no son sustituibles, de modo que su aplicación no queda subordinada al recurso a la excepción de orden público.

2. Sectores normativos

7. Respecto de los sectores del ordenamiento que típicamente contienen normas materiales de D.I.Pr. cabe reseñar, con carácter general, que suelen incorporar mecanismos con participación de autoridades públicas -en particular, al prever la adopción de sanciones administrativas o penales-, junto a disposiciones que -al margen de su caracterización como de Derecho público o privado- repercuten directamente sobre relaciones jurídico-privadas. La naturaleza pública o privada de las normas implicadas -con frecuencia, controvertida en tales sectores- no es decisiva; pues la cuestión relativa a la determinación de la ley aplicable a las situaciones privadas transfronterizas se proyecta respecto de cualquier norma destinada a regular directamente -sin la interposición de una decisión oficial (frente a lo que es característico de los mecanismos sancionatorios de Derecho público)- la relación jurídico-privada de que se trate²¹; cuando es precisa una decisión oficial (típicamente, las normas que imponen sanciones administrativas) las normas extranjeras no pueden ser propiamente aplicadas (a lo sumo podrán ser tomadas en consideración al aplicar o interpretar otras normas), en la medida en que esté presente la absoluta correlación entre competencia judicial internacional (en el orden contencioso administrativo o equivalente) y legislación

²⁰ Cf. K. Siehr, “False Conflicts, lois d’application immédiate und andere Neuentdeckung im IPR (Zu gewissen Eigengesetzlichkeiten kollisionsrechtlicher Systeme)”, *Festschrift für U. Drobnig*, Tubinga, 1998, pp. 443-454, pp. 448-449.

²¹ Cf., respecto a la proyección en el ámbito contractual de las normas de defensa de la competencia, M. Martinek, *Das internationale Kartellprivatrecht (Ein Beitrag zur kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung im internationalen Wirtschaftsrecht)*, Heidelberg, 1987, pp. 28-29.

aplicable característica de este ámbito²², que excluye la competencia de los órganos del foro.

8. Entre los sectores del ordenamiento caracterizados por la presencia de un conjunto significativo de las llamadas normas imperativas de D.I.Pr. figuran ante todo aquellos a través de los cuales tratan de realizarse objetivos básicos de las políticas públicas con mayor repercusión sobre las relaciones jurídico-privadas; en particular, determinadas normas estrechamente vinculadas con criterios de política económica y social, así como de política exterior.

Un conjunto heterogéneo fundamental de tales normas pertenece a los sectores a través de los cuales se organiza la injerencia del poder público en la economía y, en particular, en la ordenación del mercado y de las relaciones entre sus participantes. En esta línea, la presencia de un ámbito espacial de imperativa aplicación -cualquiera que sea el ordenamiento aplicable al fondo de la situación-, característico de las normas materiales imperativas de D.I.Pr., es propia de sectores con una notable repercusión sobre las relaciones privadas transfronterizas. Entre otras, cabe reseñar en nuestro ordenamiento: la normativa reguladora de la libre competencia, aplicable siempre a las conductas que produzcan efectos en el mercado español (o comunitario), en línea con su objetivo de ordenar el marco en el que los operadores mercantiles compiten (sólo) dentro de su concreto ámbito económico²³; los regímenes de control de la exportación e importación de ciertos bienes que establecen determinadas prohibiciones, entre los que destacan los relativos a la exportación de material de defensa y de doble uso -normas destinadas fundamentalmente a salvaguardar la seguridad nacional y (otros) intereses de política exterior, de aplicación a todas las exportaciones desde España de productos sometidos a control en los términos del R.D. 491/1998²⁴-, a la protección del patrimonio histórico, a la lucha frente al tráfico de especies animales protegidas, así como las medidas de este tipo que pueden adoptarse en el marco de embargos comerciales; disposiciones sobre control de cambios e inversiones extranjeras, si bien las restricciones derivadas de estas parcelas del ordenamiento

²² Cf. H. Batiffol P. Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8ª ed., París, 1993, p. 413.

²³ Criterio de los efectos en el mercado, cuya aplicación no está exenta de dificultades, *vid. sintéticamente* D. Martiny, “Die Anknüpfung an den Markt”, *Festschrift für U. Drobnig*, Tübinga, 1998, pp. 389-408, pp. 399-400.

²⁴ R.D. de 27 de marzo de 1998, por el que se aprueba el Reglamento de comercio exterior de material de defensa y de doble uso.

presentan actualmente en los sistemas de nuestro entorno un alcance muy limitado; y normas que sancionan prácticas de corrupción. Estas normas de intervención repercuten especialmente sobre el régimen jurídico de los contratos transfronterizos, pero también lo hacen de manera significativa sobre otros ámbitos del derecho patrimonial. Basta pensar, por ejemplo, en la importancia de las normas de defensa de la competencia en el ámbito de las obligaciones extracontractuales, sobre todo respecto del régimen de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios con base en la ilicitud de los actos prohibidos²⁵; o en la repercusión de las normas de protección del patrimonio histórico sobre el régimen de los derechos reales de los bienes que lo integran²⁶.

En los ordenamientos de nuestro entorno se ha consolidado una tendencia a limitar los desequilibrios contractuales a través de mecanismos que complementan la autonomía negocial con un principio de justicia contractual, lo que se refleja especialmente en la normativa de protección de los consumidores -vinculada a políticas de creciente atención por el poder público- y en otras dirigidas propiamente a operadores mercantiles, como es el caso de la tutela específica de los distribuidores, agentes o franquiciados. Se trata de sectores, muy significativos para la contratación internacional, caracterizados por la presencia de normas imperativas, cuya aplicación se impone habitualmente a las relaciones negociales en las que la parte necesitada de especial protección presenta ciertos vínculos de proximidad con el ordenamiento de que se trate (al tiempo que su peculiar finalidad puede subordinar su aplicación a que resulten efectivamente más favorables), que justifica que quede tutelado por el marco de protección de ese ordenamiento²⁷; en esta línea en la armonización comunitaria de la normativa de protección de consumidores es habitual imponer su imperativa aplicación a las transacciones internacionales que presenten un vínculo estrecho con alguno de los Estados miembros²⁸.

²⁵ Vid. F. Esteban de la Rosa, “Aplicación del Derecho *antitrust* y técnicas de Derecho internacional privado”, *RDP*, 1996, pp. 815-848, pp. 829-840.

²⁶ Vid. V. Fuentes Camacho, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Madrid, 1993.

²⁷ Vid., en relación con las normas específicas de protección en materia de distribución comercial, A. Nuyts, “L’Application des lois de police dans l’espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, vol. 88, 1999, pp. 31-74.

²⁸ Como ilustran los artículos 6.2 de la Directiva de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores (*DOCE* 1993 L 95/29) y el artículo 12.2 de la Directiva de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos celebrados a distancia

9. Es bien conocida, asimismo, la presencia de normas imperativas de D.I.Pr. en ámbitos distintos del patrimonial. Como ejemplo típico destaca el sector de la protección de menores, en el que es característico la existencia de mecanismos públicos de intervención, con una importante presencia administrativa, cuyas normas relativas a la protección personal de menores resultan en determinadas circunstancias de imperativa aplicación a los menores que se encuentran en territorio español con independencia de su nacionalidad o residencia y, por lo tanto, también del ordenamiento aplicable con carácter general a las instituciones de protección de menores o a las relaciones paterno- filiales; así resulta especialmente de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 9.6 C.c. y en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor.

No obstante, con carácter general, en el ámbito del Derecho de familia y del Derecho de la persona, la técnica de aplicación de los preceptos y principios que son expresión de los fundamentos de nuestro ordenamiento es la excepción de orden público (art. 12. 3 C.c.) -como demuestra la experiencia en materia matrimonial o de filiación-, lo que menoscaba la relevancia de las normas internacionalmente imperativas en estas materias, donde la autonomía de la voluntad en la elección del ordenamiento aplicable al fondo desempeña un papel, aunque en expansión, muy limitado respecto a lo que es común en materia de obligaciones.

(DOCE 1997 L 144/19). Por su parte, el párrafo segundo del artículo 3 de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación establece que dicha Ley “se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en tratados o convenios internacionales”. La relación entre esta norma y el CR no está exenta de dificultades, pues el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley 7/1998 es muy superior al del artículo 5 CR, cuyas condiciones de vinculación con el mercado doméstico del consumidor no han sido respetadas. A pesar de su último inciso, cabe entender que el artículo 3 de la Ley 7/1998 tiene como objetivo expresar el carácter internacionalmente imperativas de sus normas, que deben ser respetadas siempre que se den los elementos de vinculación previstos en el artículo 3 de la Ley, aunque el contrato se halle sometido a una ley extranjera (incluso si la aplicación de la ley extranjera no es resultado de la elección de las partes, sino que resulta de la aplicación del art. 4 o incluso 5 CR); no obstante, esta solución llevaría a privar al artículo 5 CR de gran parte de normal eficacia, lo que podría haberse obviado de con una mejor coordinación entre la Ley y el artículo 5 CR, en especial incorporando los criterios de vinculación con el mercado doméstico del consumidor empleados en el artículo 5 CR.

10. Junto a la perspectiva de conjunto de los sectores del ordenamiento en los que destaca la presencia de normas internacionalmente imperativas conviene esclarecer cuáles son las consecuencias sobre las relaciones jurídico-privadas de la aplicación de dichas normas. Resulta habitual que estas normas de intervención relativas a la ordenación de la actividad económica contemplen la prohibición de ciertos contratos, cláusulas negociales, actividades materiales o bien sometan esos contratos o actividades a autorización administrativa previa²⁹; sólo en relación con este tipo de disposiciones, que acarrear consecuencias directas sobre el régimen del negocio jurídico, se plantea la posibilidad de aplicar normas de intervención extranjeras.

Por ejemplo, las consecuencias sobre un contrato de la inclusión en el mismo de cláusulas restrictivas (no autorizadas) de la competencia varían según los sistemas: en ocasiones, tales cláusulas no se consideran en principio prohibidas³⁰; lo común, sin embargo, es que las normas de defensa de la competencia declaren prohibidos tales pactos³¹, algunas veces el sistema de defensa de la competencia explícita incluso la concreta sanción civil derivada de la infracción, como hace, por ejemplo, el sistema español, que declara nulos de pleno derecho los acuerdos prohibidos no autorizados (art. 81.2 TCE -antiguo art. 85.2 - y art. 1.2 LDC). No obstante, si bien el sistema *antitrust* determina la sanción civil que recae sobre los contratos prohibidos y a qué pactos es aplicable la sanción, no incumbe normalmente -en la medida en que no es necesario para garantizar el objetivo de la norma de intervención- al régimen de defensa de la competencia precisar las ulteriores consecuencias que sobre la relación comercial derivan de esa sanción; de este modo, el régimen de la ineficacia del contrato (obligación de restitución, nulidad parcial...) y las acciones que para los contratantes pueden emanar de

²⁹ Acerca de las sanciones contractuales resultantes de las normas estatales reguladoras de la actividad económica, *vid.* E. Steindorff, "Legal Consequences of State Regulation", *Int. Enc. Comp. L.*, vol. XVII, chapter 11, pp. 39-71. En relación con las consecuencias de los embargos comerciales, *vid.* F.J. Garcimartín Alférez, *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, 1993, pp. 57-60.

³⁰ Así ocurre en el sistema suizo, *cf.*, poniendo de relieve el carácter excepcional de esta solución en el panorama comparado, P. Ducrey, *Die Kartellrechte der Schweiz und der EWG im grenzüberschreitenden Verkehr*, Friburgo, 1991, pp. 1-7 y 18.

³¹ Respuesta ésta muy extendida, como reflejan, por ejemplo, las prohibiciones genéricas contenidas en el sistema norteamericano (sección 1 *Sherman Act*), el sistema comunitario europeo (artículo 81.2 TCE, antiguo art. 85.1), el sistema alemán (§ 1 *GWB*) y el sistema español (art. 1.1 LDC).

la ineficacia no incumbe a la normativa *antitrust*³².

Por su parte, en relación con contratos celebrados sin la pertinente autorización en materia de importaciones y exportaciones sometidas a control, la sanción de nulidad no resulta común en el panorama comparado; sólo si el contrato se halla prohibido la sanción de nulidad se entenderá con frecuencia como imprescindible para salvaguardar los objetivos de la norma prohibitiva³³. En el sistema español, a falta de una solución expresa, habrá que acudir al sentido y fin de la norma³⁴. En principio, cabe entender que tratándose de un contrato que tenga por objeto una transmisión que requiera ser autorizada, la falta de autorización no acarrea la nulidad del negocio; la autorización opera sólo como *conditio iuris* para el cumplimiento por el exportador de su prestación. La repercusión sobre la eficacia negocial derivada de su ausencia debe limitarse a la mera falta de exigibilidad de la prestación en tanto ésta no haya sido autorizada³⁵. El contrato sería, por el contrario, nulo, si tiene como objeto directamente la exportación sin autorización; es decir, cuando los contratantes pretenden obviar la exigencia de autorización, pactando la entrega incondicional de los bienes³⁶.

³² Es ilustrativa al respecto la doctrina desarrollada por el TJCE al aplicar el Derecho comunitario de la competencia, en particular, la sentencia TJCE de 14 diciembre 1983, asunto 319/82, *Soc. de Vente de Ciments et Betons c. Kerpen & Kerpen GmbH*, (Rec., 1983, pp. 4.173-4.184). Del artículo 81.2 TCE (antiguo 85.2) deriva la nulidad plena de las cláusulas prohibidas no autorizadas, sin embargo, en qué medida la misma afecta a la validez del resto del acuerdo y qué acciones emanan para los contratantes de esa ineficacia debe decidirse a la luz de los diversos Derechos internos (pues se trata de cuestiones típicas de Derecho de obligaciones).

³³ Vid. E. Steindorff, "Legal...", *loc. cit.*, pp. 28-32.

³⁴ Acerca de la relevancia del sentido y fin de la norma de intervención para precisar las consecuencias contractuales derivadas de la misma, *vid.* F.J. Garcimartín Alférez, "Las consecuencias contractuales de las sanciones económicas comunitarias: un modelo de análisis", *G.J. CEE* serie D, marzo 1992, pp. 221-260, pp. 234-235; y H. Kötz, "Die Ungültigkeit von Verträgen wegen Gesetz- und Sittenwidrigkeit (Eine rechtsvergleichende Skizze)", *RabelsZ*, vol. 58, 1994, pp. 209-231, pp. 219-224.

³⁵ Parece claro a la luz de las pautas seguidas tradicionalmente en la interpretación de exigencias similares recogidas con anterioridad en nuestra legislación en materia de control de cambios e inversiones extranjeras (*vid.*, con ulteriores referencias jurisprudenciales y doctrinales, M. Desantes Real, "Inversiones extranjeras y autorización administrativa previa: repercusión en los contratos privados subyacentes. (Nota a la sent. T.S., sala 1ª, de 15 de diciembre de 1989)", *La Ley* 1991-1, pp. 1.053-1.063).

³⁶ Vid. F.J. Garcimartín Alférez, *Contratación...*, *op. cit.*, p. 59; asimismo, *vid.* J. Basedow, "Private Law Effects of Foreign Export Controls -An International Case Report-", *GYIL*, vol. 27, 1984, pp. 109-141, p. 120.

III. Aplicación del Derecho imperativo del foro

1. Relaciones con la ley aplicable al fondo

11. Tratándose de normas imperativas de D.I.Pr. pertenecientes al ordenamiento español, su aplicación por las autoridades o tribunales españoles se impone siempre que la situación privada internacional esté comprendida en el ámbito de imperativa aplicación de las normas en cuestión (por ejemplo, porque se trata de un acuerdo contrario a nuestras normas de defensa de la competencia que produce efectos en el mercado español o está en juego la titularidad de un bien que integra el Patrimonio Histórico Español y ha sido exportado de España sin la autorización requerida por el art. 5 de la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico, lo que determina su pertenencia al Estado, conforme a su art. 29). Este resultado deriva normalmente de la naturaleza, fundamento y contenido de estas normas que desplazan para los supuestos comprendidos en su ámbito de imperativa aplicación espacial a las soluciones de las reglas de conflicto generales, restringiendo el alcance de la ley aplicable al fondo.

Dato determinante es que la norma material sea, según la *lex fori* de aplicación necesaria -es decir, cualquiera que sea la *lex causae*- a la concreta situación de tráfico externo; con independencia de que el ámbito espacial imperativo venga fijado de modo expreso por el legislador o se desprenda de los objetivos de la norma³⁷. Cuando no esté determinado de modo expreso, para precisar si una norma imperativa exige ser aplicada en todo caso a un supuesto de tráfico externo es necesario valorar los objetivos y la finalidad de la misma, lo que puede conducir a un análisis casuístico³⁸. Existe un supuesto excepcional en el que la dificultad desaparece; cuando, pese a haber elegido las partes un ordenamiento extranjero como *lex causae*, los demás elementos de la situación estén localizados en España, pues entonces serán de necesaria aplicación todas las disposiciones imperativas -no sólo las que rijan la situación "cualquiera que sea la ley aplicable al contrato"- de nuestro ordenamiento (art. 3.3 CR).

Entre estas normas internacionalmente imperativas del foro se incluyen para el juez español las disposiciones de Derecho

³⁷ Cf., v. gr., D. Martiny, "Zwingende Vorschriften. Art. 34", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 7, 2ª ed., 1990, pp. 1746-1783, pp. 1.774-1.775.

³⁸ Vid. M. Virgós Soriano, "Obligaciones...", *loc. cit.*, p. 180; y P.M. North, J.J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 12ª ed., Londres, 1992, pp. 499-502.

comunitario directamente aplicables que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al fondo, constatación que reviste particular trascendencia en el ámbito económico, basta pensar en la importancia de la normativa comunitaria de defensa de la competencia³⁹ o en las medidas sobre embargos comerciales o prohibición de comercialización de ciertos productos adoptadas a nivel comunitario⁴⁰.

2. Alcance de las disposiciones legales específicas

12. En el proceso de revisión de los últimos años del D.I.Pr. ha tenido lugar la incorporación a nuestro ordenamiento de disposiciones que prevén de manera expresa y específica la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del foro. Así ocurre, en concreto, en el artículo 7.2 CR, que prevé que las normas del CR "no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación cualquiera que sea la ley aplicable al contrato". Este precepto es reflejo de la obligación del juez de aplicar las normas de intervención de su ordenamiento reguladoras del supuesto, no resulta en absoluto innovador⁴¹. Todas las normas internacionalmente imperativas de la ley del foro quedan comprendidas en el artículo 7.2 CR. No parecen convincentes los intentos de excluir ciertas normas imperativas de D.I.Pr. del foro del alcance de dicho precepto. Las propuestas avanzadas en tal sentido, en particular las que excluyen las normas tendentes a salvaguardar la posición de la parte necesitada de especial tutela en la relación negocial⁴², contradicen tanto el propio

³⁹ Clara sobre el particular es la sentencia TJCE de 1 de junio de 1999 en el asunto C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV* (parágrafos 36 y 37.).

⁴⁰ *Vid., v. gr., F.J. Garcimartín Alférez, "La reacción europea a las sanciones norteamericanas contra Cuba, Irán y Libia (El Reglamento nº 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996)", GJ CE, Boletín-120, 1997, pp. 19-23*

⁴¹ Por ejemplo, K. Kreuzer, *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten (Zum Einfluß fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte)*, Heidelberg, 1986, p. 10, califica la aplicación de las normas de intervención de la *lex fori* como "*quasi selbstverständliche*".

⁴² Cf. P.M. Kleinschmidt, *Zur Anwendbarkeit zwingenden Rechts im internationalen Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Absatzmittlungsverträgen*, Múnich, 1985, pp. 278-280, donde se defiende una reducción teleológica del art. 7.2 CR, que dejaría fuera de su alcance las normas del foro tendentes a proteger a la parte débil de una relación contractual. Asimismo, J.C. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, París, 1992, pp. 196-197 diferencia las *lois de police* como una

CR como su Informe explicativo⁴³. Que los diversos Estados miembros conserven la posibilidad de restringir el alcance de la ley rectora del contrato designada por el CR, adoptando normas imperativas de D.I.Pr., es consecuencia del limitado alcance armonizador del CR.

Garantizar que el régimen del CR (ni siquiera lo previsto en los arts. 5 y 6 CR) no obstaculiza la eficacia de las normas de la *lex fori* de imperativa aplicación a la relación contractual con independencia de cuál sea la *lex causae* es el objetivo básico del artículo 7.2 CR. Deja claro, de este modo, el artículo 7.2 CR que la aplicación de tales normas no se halla sometida a las condiciones previstas en el artículo 7.1 CR para dar efecto a las normas de intervención de terceros Estados⁴⁴, algo que, por otra parte, es evidente, lo que refuerza la idea de que esta norma y otras de similar tenor contenidas en codificaciones recientes, como el artículo 18 de la Ley suiza de D.I.Pr. de 1987 y el artículo 17 de la Ley italiana de 1995 (aplicables no sólo en materia contractual) resultan en realidad superfluas⁴⁵. Dato éste que se corresponde con la idea consolidada de que esta misma solución -la obligación del juez de aplicar las normas internacionalmente imperativas del foro a todas las situaciones comprendidas en su ámbito de aplicación- se impone en los mismos términos en nuestro sistema de D.I.Pr. respecto de todas las materias, pese al limitado ámbito material del artículo 7.2 CR, única norma que lo prevé expresamente. Debe destacarse también la posibilidad de recurrir en caso necesario a la reserva de orden público, que garantiza la salvaguarda de los fundamentos esenciales del ordenamiento jurídico del foro y puede conducir en ocasiones -respetando el carácter excepcional del orden público- a la aplicación de normas imperativas del foro, aunque no sean imperativas en el plano internacional, como se puso de relieve al hilo del Derecho imperativo contenido en el régimen general de las obligaciones contractuales.

subcategoría específica de las *lois d'application immédiate*, considerando que dentro del art. 7.2 CR queda sólo comprendida esa subcategoría

⁴³ Cf. M. Giuliano, P. Lagarde, "Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles", (*JOCE* 1980 C 282/1), p. 28, donde no se establece ninguna diferenciación entre normas a esos efectos y como ejemplo de las normas imperativas a las que se refiere el art. 7.2 CR, se alude, junto a las normas de defensa de la competencia, a las normas de protección de los consumidores.

⁴⁴ Cf., *v. gr.*, J.A. Pérez Beviá, "Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 99-124, p. 120.

⁴⁵ Cf. K. Siehr, "False...", *loc. cit.*, p. 448.

3. Consecuencias de la aplicación

13. La aplicación necesaria de las normas imperativas de la ley del foro conduce habitualmente a un concurso de normas⁴⁶. El régimen jurídico de la situación privada determinado en su conjunto por la *lex causae*, se verá afectado por la aplicación de las normas de intervención de la *lex fori*. Estas últimas prevalecen en todo caso. La prevalencia de las normas de intervención de la *lex fori* no se ve afectada porque en ocasiones el juez deba valorar los intereses determinantes de la aplicación de los diversos ordenamientos relevantes a la luz de las circunstancias del caso. Ese proceso de valoración opera con carácter previo, para decidir si la situación se halla comprendida dentro del ámbito de aplicación de la norma de intervención de la *lex fori*⁴⁷.

El contenido de la prohibición resultante de la norma de intervención y su alcance sobre la eficacia del negocio jurídico han de ser determinados conforme a la propia *lex fori*⁴⁸. Al igual que ocurre con la precisión de su alcance espacial, si la norma de intervención infringida no explicita las sanciones civiles que se derivan de su aplicación, el juez deberá extraer las mismas de los objetivos de la propia disposición y de los criterios imperantes en el ordenamiento al que pertenece⁴⁹. El fin de la norma y la modalidad de intervención empleada en la misma son también decisivos, como se detallará a continuación, para precisar en qué medida la necesaria aplicación de la *lex fori* es compatible con el recurso a la *lex contractus* para determinar las ulteriores consecuencias que sobre la relación negocial derivan de esa sanción.

14. Por ejemplo, en línea con lo reseñado, la sanción

⁴⁶ Cf., v. gr., M. Virgós Soriano, "Obligaciones...", *loc. cit.*, p. 180; y D. Martiny, "Zwingende...", *loc. cit.*, p. 1.782.

⁴⁷ La necesidad de que el juez valore los intereses que fundamentan la aplicación de los diversos ordenamientos implicados -incluida la *lex fori*- se ha planteado especialmente al precisar el alcance espacial de las normas *antitrust*. No cabe duda de que el juicio de oportunidad tiene ante todo lugar para determinar si la *lex fori* es el ordenamiento aplicable a la situación (cf., en relación con el sistema *antitrust* estadounidense F.K. Juenger, "The Extraterritorial Application of American Antitrust Law and the New Foreign Relations Law Restatement", *WuW*, vol. 40, 1990, pp. 602-618, p. 607). Si el supuesto queda integrado dentro del alcance espacial de la norma de intervención de la *lex fori*, ésta prevalecerá.

⁴⁸ Cf. D. Martiny, "Zwingende...", *loc. cit.*, p. 1.766.

⁴⁹ En relación con las normas de la *lex fori*, cf. M. Virgós Soriano, "Obligaciones...", *loc. cit.*, p. 181, con mención del papel básico que corresponde en nuestro sistema al artículo 6.3 C.c.; y F.J. Garcimartín Alférez, "Las consecuencias...", *loc. cit.*, pp. 234-235.

contractual prevista en nuestro sistema de defensa de la competencia en relación con los acuerdos prohibidos no autorizados es la nulidad de pleno derecho. El término nulidad de pleno derecho empleado en el art. 81.2 TCE (antiguo art. 85.2) es una noción de Derecho comunitario⁵⁰, cuya interpretación aporta un valioso ejemplo de cómo el alcance de la ineficacia impuesta por una norma de intervención viene determinado por el propio ordenamiento que impone la sanción, siendo la *lex contractus* sólo de aplicación en la medida en que lo permita la finalidad de la propia norma de intervención⁵¹. La finalidad de la norma exige sólo la nulidad del acuerdo en la medida en que el mismo viole la prohibición y en tanto en cuanto el mismo produzca efectos en el mercado relevante; por otra parte, el fundamento de la prohibición exige que la nulidad prive al acuerdo de todo efecto entre las partes, no sea oponible frente a terceros y pueda tener eficacia retroactiva⁵². Garantizado el objetivo de la norma de intervención, las ulteriores consecuencias que derivan de la ineficacia negocial sobre la relación entre los contratantes serán determinadas conforme a la *lex causae*⁵³. De este modo, el régimen de la nulidad parcial es competencia de la *lex contractus*, que decide acerca de la eficacia de la parte del acuerdo no afectada por la prohibición de la *lex fori*⁵⁴, lo que puede presentar especial trascendencia práctica, pues es habitual que sólo ciertas cláusulas contractuales se hallen prohibidas y la nulidad se proyecta

⁵⁰ Vid. sentencia TJCE 30 junio 1966, as. 56/65 *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH, Rec.*, 1966, pp. 235-252, p. 250.

⁵¹ No importa ahora que la cuestión tenga aquí una vertiente relativa a las relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales de los Estados miembros, ni que la *lex causae* sea determinada acudiendo a los sistemas de D.I.Pr. de los Estados miembros.

⁵² Vid., con ulteriores referencias jurisprudenciales, A. Gleiss, M. Hirsch, *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 3ª ed., Heidelberg, p. 253; y A. Bercovitz, "Normas sobre defensa de la competencia del Tratado CEE", E. García de Enterría, J.D. González Campos, S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho comunitario europeo*, t. II, Madrid, 1986, pp. 327-480, p. 441.

⁵³ Cf., al hilo de la sanción de nulidad prevista en el art. 81.2 TCE (antiguo art. 85.2), G. van Hecke, "International Contracts and Domestic Legislative Policies", *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung. Festschrift für F.A. Mann*, Múnich, 1977, pp. 183-192, p. 190; P. Ducrey, *Die Kartellrechte...*, op. cit., p. 117.

⁵⁴ Como ejemplo, vid., acerca de la aplicabilidad del Código civil alemán (BGB) -a título de *lex contractus*- para decidir sobre la repercusión de la nulidad de la cláusula de no impugnación de derechos de propiedad industrial objeto de licencia -resultante del art. 81.2 TCE (antiguo art. 85.2)- sobre la eficacia del acuerdo en su conjunto, relativo a la explotación de derechos de propiedad industrial en varios países, la decisión del *Bundesgerichtshof* (Alemania) de 21 febrero 1989 en el asunto *Bayer AG und Maschinenfabrik Hennecke GmbH c. H. Süllhofer*, reproducida en *IIC*, vol. 21, 1990, pp. 883-890 (vid. esp. pp. 889-890).

sobre el acuerdo únicamente en la medida en que el mismo produzca efectos en el mercado relevante. La *lex contractus* es también competente para determinar qué acciones pueden ejercitar entre sí los contratantes con fundamento en la nulidad del acuerdo (en particular, decidirá el alcance de la obligación de restituir las prestaciones), respetando, en todo caso, la exigencia de que el acuerdo prohibido quede privado de todo efecto entre las partes, imprescindible para asegurar el respeto a la finalidad del propio art. 81.2 TCE (antiguo art. 85.2)⁵⁵.

IV. Aplicación del Derecho imperativo extranjero.

1. Remisión conflictual: ley aplicable al fondo.

15. Tradicionalmente se ha entendido que la remisión contenida en la regla sobre ley aplicable incluye la aplicación de las normas imperativas de la *lex causae*, así como de sus normas dispositivas, en la medida en que los interesados no hayan acordado su sustitución. Fruto del carácter global que presenta la remisión al ordenamiento extranjero es que todas las normas imperativas de la *lex causae* (así como las dispositivas que no hayan sido sustituidas por acuerdo de las partes) serían de aplicación siempre que el supuesto de hecho quede comprendido dentro del alcance espacial de tales disposiciones y éstas no sean rechazadas por los mecanismos de control del Derecho extranjero establecidos en la ley del foro⁵⁶. La doctrina coincide en afirmar que la remisión a la *lex contractus* resultante de la aplicación del CR presenta también, en principio, un

⁵⁵ Vid. A. Gleiss, M. Hirsch, *Kommentar...*, *op. cit.*, pp. 253-255.

⁵⁶ Se trata de una solución consolidada, con carácter general en Francia, Italia y España, donde se insiste en la necesidad de salvaguardar la unidad y coherencia del ordenamiento reclamado, *cf.*, H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit...*, *op. cit.*, p. 429; E. Vitta (F. Mosconi), *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, 4ª ed., Turín, 1991, pp. 35-36; y J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 413-414. A modo de ejemplo, en la interpretación del art. 10.5 C.c. nuestra doctrina ha sido casi unánime al defender que el carácter integral de la remisión incluía la aplicación en esos términos de las normas de intervención de la *lex contractus*, *cf.*, *v. gr.*, M. de Angulo, "Artículo 10.5. Comentario", *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, 1977, pp. 520-529, p. 528; A. Remiro Brotóns, "Artículo 10. Apartado 5", M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. 1, Jaén, 1978, pp. 289-321, p. 313, n. 35; y J.M. Espinar Vicente, *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico*, Madrid, 1979, p. 105. Por contra, para un análisis crítico de los argumentos empleados a favor de la remisión integral a la *lex causae*, *vid.* K. Anderegg, *Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht*, Tübinga, 1989, pp. 80-85.

carácter global; por lo que incorpora todas las normas materiales del ordenamiento designado que incluyan el supuesto dentro de su ámbito de aplicación, siempre que no se opongan los instrumentos de defensa frente a las normas extranjeras previstos en la ley del foro⁵⁷. Así se desprende tanto de los antecedentes del CR como de su formulación literal, en particular, del art. 7.1 CR, que permite, al aplicar la *lex contractus*, dar efecto a las normas de intervención "de la ley de otro país"⁵⁸. Ciertamente esta postura consolidada es además compatible con la posibilidad de dar efectos a normas imperativas de terceros Estados al margen de la ley del contrato.

16. Frente a ese planteamiento, derivado del carácter global atribuido a la remisión resultante de las normas de conflicto, se ha desarrollado -en especial en la interpretación del CR- una línea de opinión que rechaza la posibilidad de que la norma de conflicto en materia de obligaciones contractuales sirva para pronunciarse sobre la aplicación de ciertas normas de intervención. Partiendo de lo irracional que según estos planteamientos resulta considerar que la remisión a la *lex contractus* incluye todas sus normas de intervención y habida cuenta de que el CR no se pronuncia de modo expreso sobre el régimen de las normas de intervención de la *lex causae*, hay quienes han planteado la necesidad de excluir de la remisión

⁵⁷ Cf., *v. gr.*, O. Lando, "Party Autonomy in the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", AA.VV., *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruselas, 1981, pp. 191-208, p. 205; E. Vitta, "La Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. XVII, 1981, pp. 837-852, p. 843; J.A. Pérez Beviá, "Disposiciones...", *loc. cit.*, p. 101; D. Jackson, "Mandatory Rules and Rules of Ordre Public", P.M. North (ed.), *Contract Conflicts (The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study)*, Amsterdam, 1982, pp. 59-79, p. 73; T. Treves, "Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980", AA. VV., *Verso...*, *op. cit.*, pp. 25-45, pp. 33-34; R.C. Radtke, "Schuldstatut und Eingriffsrecht (Systematische Grundlagen der Berücksichtigung von zwingenden Recht nach deutschen IPR und dem EG- Schuldvertragsübereinkommen)", *ZVGIRWiss*, vol. 84, 1985, pp. 325-357, pp. 337, 350-351; E. Lorenz, "Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht (Grundsatz und Grenzen)", *RIW*, vol. 33, 1987, pp. 569-584, p. 583 (donde afirma que el CR no incorpora un *Sonderkollisionsrecht* en relación con las normas de intervención de la *lex contractus*); I. Guardans Cambó, *Contrato internacional y derecho imperativo extranjero*, Pamplona, 1992, p. 554; y A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, París, 1993, p. 461.

⁵⁸ Lo reconocen incluso los autores que propugnan una interpretación diferente: cf. P.M. Kleinschmidt, *Zur Anwendbarkeit...*, *op. cit.*, p. 278, n. 36 y 285-286; K. Kreuzer, *Ausländisches...*, *op. cit.*, pp. 69-70 y 73; D. Martiny, "Zwingende...", *loc. cit.*, p. 1.760; A. Marques dos Santos, *As Normas...*, *op. cit.*, pp. 1.019-1.020; y F.J. Garcimartín Alférez, *Contratación...*, *op. cit.*, p. 125.

conflictual ciertas normas de intervención de la *lex contractus*, a las que sólo podría darse efecto a través de la aplicación analógica el art. 7.1 CR (es decir, el tratamiento de esas normas de intervención extranjeras sería idéntico, con independencia de que las mismas procedan de la *lex contractus* o de terceros Estados)⁵⁹.

2. Otras vías: ¿criterios específicos de conexión?

17. De acuerdo con las consideraciones anteriores, ha adquirido gran relieve doctrinal la controversia en torno a si la configuración de las reglas de Derecho aplicable en materia de obligaciones contractuales, impone la marginación de ciertas normas de intervención del contenido de la *lex causae*⁶⁰. En el punto de partida del debate en torno al alcance de la remisión a la *lex causae* se encuentra la contraposición entre la naturaleza, objetivos e intereses propios de ciertas normas de intervención -caracterizadas por ser instrumento de determinadas políticas públicas- y la función propia de las normas de conflicto típicas de D.I.Pr., en particular, en el ámbito contractual -encaminadas a la resolución de controversias juridicoprivadas y, en consecuencia, donde los intereses relevantes no son de naturaleza pública-⁶¹. Por lo tanto, la eventual exclusión de la remisión contenida en la norma de Derecho aplicable se predica sólo de ciertas normas internacionalmente imperativas de la *lex causae*.

18. Los motivos que harían necesaria esa interpretación del CR -contraria a la derivada de los datos subjetivos, histórico-comparados y sistemáticos del propio Convenio⁶²- coinciden sustancialmente en las diversas construcciones. Así, se afirma que las normas de conflicto en materia de contratos constituyen un instrumento de realización de la justicia entre particulares, respondiendo su

⁵⁹ En esta línea, *vid.* A. Philip, "Mandatory Rules, Public Law (Political Rules) and Choice of Law in the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", P.M. North (ed.), *Contract...*, *op. cit.*, pp. 81-110, p. 106; P.M. Kleinschmidt, *Zur Anwendbarkeit...*, *op. cit.*, pp. 281-289; K. Kreuzer, *Ausländisches...*, *op. cit.*, p. 97; D. Martiny, "Zwingende...", *loc. cit.*, p. 1.761; A. Marques dos Santos, *As Normas...*, *op. cit.*, p. 1.048 (interpretando el art. 7.1 CR como expresión de un principio general de reconocimiento de todas las normas de intervención extranjeras, incluso las procedentes de la *lex contractus*); F.J. Garcimartín Alférez, *Contratación...*, *op. cit.*, pp. 122-130.

⁶⁰ Para una visión de conjunto sobre los términos del debate, *vid.* R.C. Radtke, "Schuldstatut...", *loc. cit.*, pp. 332-354.

⁶¹ *Vid.* especialmente K. Kreuzer, *Ausländisches...*, *op. cit.*, pp. 81-90.

⁶² Como pone de relieve el propio K. Kreuzer, *Ausländisches...*, *op. cit.*, p. 73.

formulación únicamente a intereses privados, como demuestran los criterios de conexión elegidos, donde la autonomía de la voluntad desempeña un importante papel. Se destaca que el fundamento de las normas de conflicto típicas de D.I.Pr. nada tiene que ver con el de aquellas normas de intervención llamadas a satisfacer intereses estatales de ordenación de la actividad económica y social (como las normas de defensa de la competencia o las de control de exportaciones). En esta línea, se insiste en que la adopción de estas últimas normas de intervención responde a determinados intereses estatales y la naturaleza de las mismas diverge de la de las normas típicas reguladoras de las relaciones jurídico-privadas objeto del D.I.Pr., lo que justificaría el recurso a criterios de conexión específicos y la marginación de tales normas de la regla de conflicto en materia contractual⁶³. Se considera que esas normas de intervención, a la luz de la naturaleza de los intereses que las inspiran, a diferencia de lo que ocurre con las normas típicas de Derecho privado, no son sustituibles, equivalentes o intercambiables con las de otros ordenamientos, por lo que habrían de quedar excluidas de la remisión contenida en las normas de conflicto en materia contractual⁶⁴.

19. Esta interpretación del Convenio, un tanto forzada y que se aleja del principio imperante en el D.I.Pr. de los Estados miembros, donde predomina la idea de que la remisión a las normas materiales del ordenamiento designado por la regla de conflicto reviste carácter integral, presenta, sin embargo, una limitada trascendencia práctica. En realidad, una interpretación nada forzada, partiendo del principio tradicional de la remisión integral, conduce a resultados similares, siempre que se respete el ámbito de aplicación espacial -o personal- de las propias normas de intervención de la *lex contractus* y se reserve la posibilidad de acudir excepcionalmente al mecanismo del orden público⁶⁵. Además la precisión de qué normas quedarían excluidas de la remisión a la *lex contractus* plantea en todo caso serias dificultades.

⁶³ Construcciones que se enmarcan dentro de las *Sonderanknüpfungslehren* (al respecto, *vid.* K. Kreuzer, *Ausländisches...*, *op. cit.*, pp. 59-65; y A. Marques dos Santos, *As Normas...*, *op. cit.*, pp. 993-1.008). En relación con el art. 10.5 C.c. esta postura ha sido defendida por F.J. Garcimartín Alférez, *Contratación...*, *op. cit.*, pp. 117-121, distanciándose de la solución generalizada en nuestra doctrina.

⁶⁴ *Vid., v. gr.*, A. Marques dos Santos, *As Normas...*, *op. cit.*, p. 957, n. 2.966, con referencias; y, en concreto en relación con las normas de defensa de la competencia, M. Martinek, *Das internationale...*, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁶⁵ *Cf.* E. Lorenz, "Die Rechtswahlfreiheit...", *loc. cit.*, p. 583.

Para determinar qué categorías normativas quedarían al margen de la norma de conflicto en materia contractual, tiende a recurrirse a la diferenciación, ya aludida, entre normas destinadas a satisfacer intereses estatales de política económica, comercial, defensiva... y, de otra parte disposiciones encaminadas a asegurar el equilibrio entre los contratantes, configurando directamente el reparto de derechos y obligaciones; sólo las primeras quedarían excluidas de la remisión a la *lex contractus*⁶⁶. La distinción no resulta sencilla en la práctica⁶⁷. Por ejemplo, existen normas de defensa de la competencia que, al margen de la función ordenadora del mercado, están también destinadas a proteger la posición de uno de los contratantes⁶⁸; así, al prohibir -como hace la normativa comunitaria en la materia- ciertas cláusulas restrictivas que suelen ser impuestas sobre los distribuidores, licenciarios o franquiciados. Esta circunstancia no debe extrañar habida cuenta de que el fundamento del Derecho *antitrust* es, en la mayoría de los sistemas, dual; se trata de un conjunto de normas destinado principalmente a salvaguardar un modelo de organización de la actividad económica, pero también a proteger la libertad individual de iniciativa privada.

20. La singular interpretación del CR que conduciría a excluir de la remisión conflictual un destacado conjunto de normas de intervención presenta un alcance práctico muy limitado. Bien entendida, la remisión global a la *lex contractus* implica sólo dar efecto a sus normas de intervención cuando el supuesto queda comprendido dentro del específico ámbito de aplicación de la correspondiente norma; es decir, resulta imprescindible tomar en consideración el limitado alcance espacial (o personal) de las normas de intervención contenidas en la *lex contractus*⁶⁹.

⁶⁶ Cf. P.M. Kleinschmidt, *Zur Anwendbarkeit...*, *op. cit.*, p. 284; K. Kreuzer, *Ausländisches...*, *op. cit.*, p. 11; K. Anderegg, *Ausländische...* *op. cit.*, pp. 86-90; y F.J. Garcimartín Alférez, *Contratación...*, *op. cit.*, p. 125.

⁶⁷ Vid. N. Knüppel, *Zwingendes materielles Recht und internationale Schuldverträge*, Bonn, 1988, pp. 213-215.

⁶⁸ No en vano, el Derecho de defensa de la competencia hunde sus raíces en la autonomía privada (ampliamente, *vid.* E. Mestmäcker, "Über das Verhältnis des Rechts des Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht", *AcP*, vol. 168, 1968, pp. 235-262, esp. pp. 235-242); en la misma línea, poniendo de relieve lo superflua que resulta la polémica en torno a si el Derecho de la competencia desempeña una función de protección individual o institucional, *vid.* M. Martinek, *Das internationale...*, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁹ Cf., *v. gr.*, E. Lorenz, "Die Rechtswahlfreiheit...", *loc. cit.*, p. 583. Que las normas de intervención de la *lex causae* sólo deben ser aplicadas si se dan las condiciones exigidas en el ordenamiento al que pertenecen, es una idea particularmente consolidada en el sistema suizo -que recoge de modo expreso el

En consecuencia, la admisión del carácter global de la remisión conflictual no implica que la aplicación de las normas de intervención de la *lex contractus* extranjera resulte sólo de los criterios de conexión establecidos en materia contractual⁷⁰. Será en todo caso necesario que el supuesto se halle comprendido en el ámbito de aplicación espacial de la norma de intervención; de modo que la especificidad del fundamento de estas normas -la naturaleza predominantemente estatal de los intereses que las inspiran- no resulta menoscabado en su aplicación a los supuestos de tráfico externo, que se hace depender de lo dispuesto por el legislador del que emanan. Por ejemplo, cuando la *lex causae* ha sido determinada en ejercicio de la autonomía conflictual (art. 3 CR), o bien el supuesto presenta otros nexos con el ordenamiento designado o en ningún caso serán de aplicación -pese a partir de la remisión global a la *lex causae*- sus normas de intervención sobre defensa de la competencia, control de las exportaciones tecnológicas, control de la adquisición de tecnología, inversiones extranjeras y control de cambios, registro de los acuerdos de franquicia...; todas estas normas tienen un limitado alcance -independiente de la voluntad de los contratantes- que debe ser respetado en su aplicación⁷¹.

Por último, si las condiciones previstas en la *lex contractus* para que operen necesariamente sus normas de intervención determinan la aplicación de algunas de ellas a supuestos vinculados de modo poco relevante con el país del que emanan, o si el recurso a las

carácter integral de la remisión contenida en la norma de conflicto (art. 13 Ley suiza de D.I.Pr. de 1988)-, cf. F. Vischer, "Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze nach dem schweizerischen IPR-Gesetz", *RabelsZ*, vol. 53, 1989, pp.438-461, pp. 440 y 444.

⁷⁰ Frente a lo que han entendido con frecuencia quienes critican el alcance global de la remisión a la *lex contractus*, a modo de ejemplo, *vid.*, K. Schurig, "Zwingendes...", *loc. cit.*, p. 245 y, en relación con las normas de defensa de la competencia, J. Basedow, "Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts", *NJW*, vol.42, 1989, pp. 627-638, p. 631.

⁷¹ Es esta una cuestión relativa a la interpretación de una norma material (cf. F. Vischer, P. Volken, *Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (Gesetzesentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht)*, Zúrich, 1978, p. 71. En contra, considerando que implica la aplicación del sistema conflictual de la *lex causae*, *vid.* M. Schubert, en "Internationale...", *loc. cit.*, pp. 732-733, 736; asimismo, más matizadamente, *vid.* R.C. Radtke, "Schuldsatut...", *loc. cit.*, p. 343, n. 71; estos planteamientos parecen marginar el dato de que el alcance espacial de las normas de intervención es, en los supuestos típicos, inherente a la naturaleza y contenido de tales normas (por ejemplo, M. Virgós Soriano -*El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, 1993, p. 36- afirma en relación con las normas sobre defensa de la competencia, que "tienen incorporada en sí mismas una referencia a un mercado determinado (el propio)".

mismas produce, por cualquier otro motivo, un resultado contrario a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, quedará la posibilidad de acudir a la excepción de orden público (art. 12.3 C.c.)⁷². Las dificultades específicas que suscita el recurso a la excepción de orden público en este contexto⁷³ no parecen decisivas para hacer inviable su utilización en los limitadísimos supuestos en que podría ser aquí necesaria.

3. Significado del artículo 7.1 del Convenio de Roma de 1980.

A. Presupuestos de la eficacia de normas imperativas de terceros Estados.

21. La posibilidad de dar efecto a normas de intervención no pertenecientes a la *lex fori* ni a la *lex contractus* aparece recogida en el art. 7.1 CR. Este controvertido precepto -más por la técnica empleada que por la posibilidad abierta de dar efecto a normas de intervención de terceros países- determina las condiciones a las que se subordina la posible eficacia contractual de tales normas; asimismo, fija el marco para precisar las eventuales consecuencias que sobre la relación contractual derivan de la incidencia de tales normas⁷⁴. Según el 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 un 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 inaplicación".

Dos requisitos establece el art. 7.1 CR para que pueda darse efecto a las normas imperativas de terceros países (es decir, normas

⁷² Cf., v. gr., E. Lorenz, "Die Rechtswahlfreiheit...", *loc. cit.*, p. 583; en relación con las normas de Derecho público en general, L.G. Radicati di Brozolo, "Foreign Public Law before Italian Courts", F.E. Klein (ed.), *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé*, Basilea, 1991, pp. 85-111, pp. 92-93;

⁷³ Vid. esp. A. Marques dos Santos, *As Normas...*, *op. cit.*, pp. 1.051-1.054.

⁷⁴ España no ha realizado la reserva prevista en el art. 22 CR respecto de la aplicación del art. 7.1 CR. Reserva ejercitada por Alemania, Irlanda, Luxemburgo y Reino Unido. Los motivos esgrimidos en los diversos países para justificar las reservas son semejantes, destacando la inseguridad jurídica inherente al funcionamiento del precepto (en relación con Alemania, *vid.* D. Martiny, "Zwingende...", *loc. cit.*, p. 1.762).

que no pertenecen a la *lex fori* ni a la *lex causae*): debe tratarse de normas de imperativa aplicación cualquiera que sea la ley rectora del contrato y ha de existir un vínculo estrecho entre la situación y el país del que procede la disposición. La eficacia de las normas que cumplen estas dos condiciones se subordina a un proceso de valoración por el aplicador, proporcionando el mismo precepto los elementos a tener en cuenta en ese proceso⁷⁵.

22. El primer requisito apenas requiere ulteriores precisiones: el mecanismo opera sólo si la norma es de imperativa aplicación cualquiera que sea la *lex causae*. Es decir, debe tratarse de una norma de intervención, siendo el ordenamiento del que emana la norma el que determina si la misma es de imperativa aplicación a situaciones de tráfico externo, como prevé expresamente el propio artículo 7.1 CR. Ahora bien, para permitir al foro controlar que la pretensión de aplicación de la norma de intervención extranjera no es excesiva, exige el CR la existencia de un vínculo estrecho entre la situación a la que la norma pretende aplicarse y el país del que la norma procede.

La determinación de cuándo concurre un vínculo estrecho -en el sentido del art. 7.1 CR- varía en función de la categoría a la que pertenece la norma de intervención. La cuestión decisiva es si desde la óptica del foro el Estado extranjero tiene un interés legítimo en la regulación del supuesto. Con carácter general, cabe apuntar que en el caso de que existan en el foro normas de la misma categoría, debe atribuirse un valor significativo al empleo en ellas de criterios de aplicación en el espacio coincidentes con los consagrados para la norma extranjera en cuestión.

A título ilustrativo cabe realizar consideraciones adicionales sobre el particular al hilo de algunos de los sectores normativas más representativos. En relación con la normativa *antitrust*, el criterio de los efectos -ampliamente extendido en el panorama comparado- es normalmente determinante para apreciar la existencia de un vínculo estrecho -exigido en el art. 7.1 CR- entre la situación y el país que

⁷⁵ Acerca del funcionamiento del art. 7.1 CR, *vid.* -además de M. Giuliano, P. Lagarde, "Rapport...", *loc. cit.*, pp. 26-27- en nuestra doctrina, J.A. Pérez Beviá, "Disposiciones...", *loc. cit.*, pp. 115-120; M. Virgós Soriano, "Obligaciones...", *loc. cit.*, pp. 185-188; I. Guardans Cambó, *Contrato...*, *op. cit.*, pp. 548-562; y F.J. Garcimartín Alférez, *Contratación...*, *op. cit.*, pp. 130-136. En la doctrina extranjera, *vid.* T. Treves, "Norme...", *loc. cit.*, pp. 32-40; con especial hincapié en el proceso de elaboración y antecedentes de la norma, P.M. Kleinschmidt, *Zur Anwendbarkeit...*, *op. cit.*, pp. 207-265; y entre las contribuciones más recientes, A. Kassis, *Le nouveau...*, *op. cit.*, pp. 468-475; y P. Kaye, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot., 1993, pp. 248-257.

adopta la norma de intervención⁷⁶. Para determinar la existencia de ese vínculo estrecho, no bastará, sin embargo, con que el ordenamiento extranjero considere que el acuerdo enjuiciado produce efectos en su mercado, será imprescindible que a la luz de las concepciones del foro se aprecie la existencia de un interés legítimo de ese país en la ordenación del supuesto, así como la existencia de conexión suficiente en atención a las circunstancias del supuesto concreto.

Los criterios de aplicación espacial de los regímenes de control de la exportación de material de defensa y de doble uso aparecen fijados en algunos ordenamientos atendiendo a criterios no sólo territoriales -en particular, la exportación desde el territorio del país que adopta la norma-, sino también personales -nacionalidad, residencia habitual o establecimiento del transmitente o de la persona o empresa que le controla- e, incluso, basados en el origen de los bienes transmitidos⁷⁷. Los criterios de aplicación de base personal, así como los inspirados en el origen de los bienes objeto del contrato, conducen a que estas normas de intervención pretendan ser aplicadas a supuestos escasamente vinculados con el país del que proceden⁷⁸, lo que provocará el rechazo a su eficacia⁷⁹ en el marco del artículo 7.1 CR. La inclusión en el contrato de cláusulas declarando

⁷⁶ Cf., sin hacer referencia al art. 7.1 CR, D. Martiny, "Zwingende...", *loc. cit.*, pp. 1.778, 1.780-1.781.

⁷⁷ Vid. O. Remien, "Außenwirtschaftsrecht in kollisionsrechtlicher Sicht (Zur internationalen Reichweite von Aus- und Einfuhrverboten)", *RabelsZ*, vol. 54, 1990, pp. 431-480, pp. 446-453; para conocer la situación en los ordenamientos de EEUU y de Alemania, que combinan varios de estos criterios de aplicación, *vid.* H.J. Ziegenhain, "Extraterritoriale Reichweite des US-amerikanischen und des reformierten deutschen Exportkontrollrechts", *RiW*, vol. 39, 1993, pp. 897-907, pp. 900-906.

⁷⁸ Particularmente ilustrativa al respecto es la práctica estadounidense y la respuesta crítica que la misma ha recibido en los países de Europa occidental, *vid.*, v. gr., Y.P. Quintin, "Transferts de technologie et application extra-territoriale des contrôles sur les exportations américaines à la lumière de l'Export Administration Act de 1985", *Rev. cr. dr. int. pr.*, t. 76, 1987, pp. 493-547; L. Migliorino, "Applicazione extra-territoriale della legislazione degli Stati Uniti sul controllo dell'esportazione della tecnologia", *Dir. comm. int.*, vol. 4, 1990, pp. 225-241; I. Guardans Cambó, *Contrato...*, *op. cit.*, pp. 90-99.

⁷⁹ En la jurisprudencia comparada es significativa en esta línea la Decisión holandesa (*Rechtbank de La Haya*) de 17 de septiembre de 1982, que al valorar la eventual aplicación de la normativa americana que prohibía la exportación de ciertos bienes a la URSS en relación con un contrato en el que el incumplimiento de la parte que debía suministrar la tecnología aparecía fundado en la prohibición contenida en esa normativa, considero excesiva la inclusión en su ámbito de aplicación espacial de las transacciones respecto de bienes localizados en los Países Bajos de filiales neerlandesas de empresas de EEUU.

aplicables las normas de un tercer Estado sobre control de las exportaciones tecnológicas a la relación contractual, no servirá en ningún caso por sí sola para fundar la existencia de ese vínculo estrecho⁸⁰.

23. Para que las normas imperativas extranjeras que satisfacen esas dos condiciones produzcan efectos, es necesario que el aplicador aprecie la conveniencia o necesidad de su aplicación o toma en consideración. Antes de adoptar una decisión al respecto, el art. 7.1 CR impone valorar la naturaleza y objeto de la norma de intervención, así como las consecuencias resultantes de su aplicación o de su inaplicación. El poder de apreciación conferido al juzgador no implica que la aplicación del art. 7.1 CR sea facultativa; el margen de libertad se restringe a la valoración de las circunstancias previstas para dar efecto a la norma extranjera.

24. 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 este sentido, es importante destacar que ciertas normas de intervención españolas están estrechamente conectadas con logros de coordinación entre Estados encaminados a satisfacer mejor intereses básicos y compartidos de política económica, estratégica, etc., lo que conduce a entender que el objeto de las normas de intervención equivalentes pertenecientes a los otros Estados que miembros de la estructura de coordinación no debe obstaculizar en tales circunstancias su eficacia en el marco del artículo 7.1 CR. En concreto, el R.D. 491/1998, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso se encuentra estrechamente vinculado, además de con la normativa comunitaria en la materia, con el llamado Arreglo de Wassenaar de 19 de diciembre de 1995, encaminado a la instauración de sistemas armonizados de control de las exportaciones de armas y productos de doble uso entre los países

⁸⁰ *Vid.* D. Martiny, "Zwingende...", *loc. cit.*, p. 1.770. Esas cláusulas negociales no sirven para extender el alcance espacial de la normas de comercio exterior, *vid., v. gr.*, en relación con la práctica británica, A. Vaughan Lowe, "Extraterritorial Jurisdiction (The British Practice)", *RabelsZ*, vol. 52, 1988, pp. 157-204, p. 197.

fabricantes⁸¹.

Por otra parte, el objeto de las normas *antitrust* extranjeras no supone un obstáculo a la aplicación de sus consecuencias civiles por los tribunales españoles. Con carácter general, los diversos sistemas *antitrust* se fundan en principios similares y tutelan intereses semejantes, si bien en la formulación de las concretas soluciones pueden existir divergencias significativas. En todo caso, se trata de normas necesarias para la salvaguardia de un modelo de organización económica común a gran número de países; además, son manifestación de principios que gozan de creciente reconocimiento a nivel internacional (lo mismo cabe decir, por ejemplo, de restricciones a la exportación o importación en materias como la protección del patrimonio histórico o el tráfico de especies animales protegidas o de embargo comerciales establecidos bajo los auspicios de Naciones Unidas). La existencia de un interés típicamente internacional favorable a la aplicación del Derecho *antitrust* extranjero encuentra reflejo en los esfuerzos por lograr una ordenación del comercio internacional de alcance mundial⁸². Los intentos por alcanzar un cierto grado de armonización dentro de esta materia en el ámbito comparado, son expresión de la voluntad de superar tradicionales actitudes nacionalistas (en especial, el peculiar tratamiento dispensado a los carteles de exportación)⁸³ y, sobre todo, de la existencia de intereses comunes en la materia, así lo ilustra, por ejemplo, la creciente cooperación entre EEUU y la Comunidad Europea en la materia, así como la adopción en el Acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de normas sobre el control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales (art. 40)⁸⁴.

25. La naturaleza de la norma puede condicionar el alcance de los efectos atribuibles a la misma. Sólo las normas que establecen consecuencias (directas) de Derecho privado - podrán ser aplicadas

⁸¹ Vid. R. Muro Martínez, "El Arreglo de Wassenaar", *Boletín Económico ICE*, 1998, núms. 2594-2596, pp. 35-37

⁸² Cf. M. Martinek, *Das internationale...*, op. cit., p. 66.

⁸³ Vid. A. Shoda, "Vereinheitlichung im internationalen Kartellrecht", W. Holl, U. Klinke (Hrsg.), *Internationales Privatrecht, internationales Wirtschaftsrecht*, Colonia, 1985, pp. 191-201.

⁸⁴ Entre los desarrollos tendentes a la armonización en este sector, cabe reseñar el Proyecto de Código Antitrust Internacional, vid. J. Drexel, A. Heinemann, "El Proyecto de Código Antitrust Internacional", *RGD*, año L, 1994, pp.3. 781-3.804; y W. Fikentscher, J. Drexel, "Der Draft International Antitrust Code (Zur institutionellen Struktur eines künftigen Weltkartellrechts)", *RIW*, vol. 40, 1994, pp. 93-99.

en sentido estricto por nuestros tribunales⁸⁵; sin perjuicio de que otras disposiciones, en particular, las prohibiciones instauradas en el marco de mecanismos de Derecho público, puedan ser tomadas en consideración. Determinante de la eventual eficacia de muchos regímenes sobre control de importaciones, exportaciones, inversiones... resulta la presencia de mecanismos administrativos de autorización y registro de los contratos. En los supuestos típicos, el control del cumplimiento por los contratantes de las normas de intervención en la materia se vincula con los procedimientos administrativos previstos, de modo que no cabe su aplicación por tribunales extranjeros (cuestión distinta es la posible aplicación de la consecuencia contractual prevista por la norma de intervención, cuando se omite por los contratantes el trámite de autorización o registro).

Presenta importancia notable que el Estado extranjero que adopta la medida disponga de un poder de hecho sobre la situación que le permita hacer efectiva la norma; se trata de una circunstancia fáctica decisiva para la incidencia de la norma sobre la relación contractual.

26. Valorar las consecuencias que se derivarían de la aplicación o no aplicación de la norma exige un análisis casuístico, condicionado por las circunstancias del caso concreto. Es necesario tener presente que el régimen jurídico de la relación negocial en su conjunto viene determinado por la *lex causae*; sobre ese régimen se proyectará la eficacia atribuida a la norma de intervención extranjera. Ese será el marco para valorar en qué medida los efectos atribuidos a la norma de intervención menoscaban las expectativas de los contratantes y el equilibrio negocial. También cabe pensar que puede ser preciso tener en cuenta consecuencias de otro orden, por ejemplo, la aplicación o no de ciertas normas de intervención puede condicionar el eventual reconocimiento en el extranjero de la decisión que se adopte. Las consecuencias que han de ser atendidas no se limitan a las producidas sobre las relaciones entre los contratantes, también pueden tener cabida las repercusiones sobre los intereses del foro o de otros Estados.

Las consecuencias -que exige valorar el art. 7.1 CR- sobre la relación negocial, resultantes de la aplicación de normas de defensa de la competencia, se producen en la medida en la que el acuerdo afecte al concreto mercado tutelado por la norma en cuestión. Por lo

⁸⁵ Con toda precisión, *vid.* M. Martinek, *Das internationale...*, *op. cit.*, pp. 27-32. En nuestra doctrina, *vid.* I. Guardans Cambó, *Contrato...*, *op. cit.*, pp. 257-261.

tanto, cabe pensar en la posible aplicación cumulativa a una misma relación contractual de normas de defensa de la competencia de países diversos, incluso si consagran soluciones distintas (cada una incide sobre el contrato sólo en la medida en la que el acuerdo afecte a su respectivo mercado). En todo caso, el contenido de la *lex contractus* será determinante para valorar las repercusiones sobre el régimen contractual de la eficacia atribuida a tales normas, así como los límites a su eficacia. En este contexto, podrá también el intérprete garantizar el respeto al principio de buena fe y el mantenimiento del justo equilibrio de las prestaciones en la aplicación del art. 7.1 CR.

B. Consecuencias

27. Existen dos técnicas -una conflictual, otra material- a través de las cuales puede tener lugar la repercusión de las normas de intervención de un tercer Estado sobre una relación privada internacional⁸⁶. El art. 7.1 CR -al limitarse a señalar que "podrá darse efecto"- permite al juez del foro tanto aplicar en sentido estricto las normas de intervención de un tercer ordenamiento, como simplemente tomarlas en consideración al configurar el supuesto de hecho de la disposición de la *lex contractus*. El aplicador atribuirá a la norma extranjera los efectos más apropiados en atención a las circunstancias del caso; coordinando la pretensión de ser aplicada de la norma y la sanción en ella prevista con principios derivados de las normas de D.I.Pr. y de la ley del contrato.

La vía conflictual presupone la existencia en el foro de una norma de D.I.Pr. que prevé la aplicación en determinadas ocasiones de normas de intervención extranjeras (no incluidas en la ley del contrato). Esta técnica conduce a la aplicación en sentido propio de la norma imperativa extranjera reclamada, es decir, en el enjuiciamiento de la situación privada internacional se adopta directamente la consecuencia que la norma de intervención establece (por ejemplo, la ineficacia contractual de ciertos contratos prohibidos o sometidos a autorización o la inexigibilidad de la prestación pendiente de ser autorizada). En todo caso, es fundamental retener que con carácter general el régimen jurídico del contrato, sobre el que se proyecta la eficacia atribuida a la norma imperativa viene

⁸⁶ Sobre esta cuestión *vid.*, por todos, en nuestra doctrina, F.J. Garcimartín Alférez, *Contratación...*, *op. cit.*, pp. 60-64 y 131; y en la doctrina alemana, D. Zimmer, "Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Zivilgerichten: Zur Unterscheidung zwischen einer normativen Berücksichtigung fremder zwingender Normen und einer bloßen Beachtung ihrer tatsächlichen Folgen", *IPRax*, vol. 13, 1993, pp. 65-69.

determinado por la *lex contractus*. Las ulteriores repercusiones sobre el régimen jurídico del contrato: régimen de la nulidad parcial, trascendencia de una eventual ineficacia *ex nunc*, alcance de la obligación de restitución, significado en relación con los vicios del consentimiento... se determinan conforme a la ley aplicable al fondo de la relación. De este modo, la competencia general atribuida a la *lex contractus* -así como, en el marco del art. 7.1 CR, la posibilidad de que el aplicador gradúe el efecto de la norma extranjera⁸⁷- permite coordinar el resultado al que conduce el fraccionamiento normativo derivado de la incidencia de normas imperativas de terceros Estados.

La vía material implica simplemente la toma en consideración (contrapuesta a la aplicación en sentido estricto) de la norma como dato relevante en la configuración del supuesto de hecho de la disposición aplicable de la *lex causae*. La importancia de la norma de intervención como circunstancia fáctica se explica, bien porque el Estado extranjero tiene un poder de hecho sobre la situación (lo que puede acarrear, por ejemplo, la extinción sin responsabilidad si cabe apreciar la concurrencia de fuerza mayor que imposibilita el cumplimiento de la prestación⁸⁸, bien porque se acepta la norma de intervención como manifestación de un valor digno de protección y relevante en el funcionamiento de la normativa de la *lex contractus* (por ejemplo, para determinar que el comportamiento que infringe la norma de intervención es contrario a la moral, lo que puede implicar la ilicitud de la causa del contrato -*vid.* art. 1.275 C.c.-)⁸⁹. La existencia de un poder de hecho por parte del país del que procede la norma para hacer valer la sanción contractual prevista en caso de incumplimiento es frecuente en el marco de la normativa de control de la exportación o importación si los bienes se encuentran en el país

⁸⁷ Este elemento es decisivo para valorar las diferencias existentes entre el alcance del fraccionamiento resultante de la incidencia de normas de defensa de la competencia extranjeras en virtud del art. 7.1 CR, y el concurso de normas derivado de la aplicación dentro de su ámbito de necesaria aplicación de cada *lex loci protectionis* implicada -que resulta del mandato imperativo del art. 10.4 C.c.- o de la aplicación de normas de intervención de la *lex fori* prevista en el art. 7.2, que no atribuye al intérprete un margen de apreciación similar.

⁸⁸ *Vid.*, en el marco del artículo 1105 C.c., A. Hernández Gil, “El caso...”, *loc. cit.*, pp. 520-527.

⁸⁹ En la práctica jurisprudencial extranjera declarando en estas circunstancias la ineficacia de los contratos litigiosos son célebres las Decisiones del *Bundesgerichtshof* alemán de 21 de diciembre de 1960 (respecto de un contrato regido por el Derecho alemán encaminado a eludir la aplicación de la legislación norteamericana que prohibía la entrega de ciertas mercancías a la URSS) y de 22 de junio de 1972 (admitiendo que la compañía aseguradora no estaba obligada al pago por la pérdida de un bien que había sido exportado contraviniendo las normas nigerianas de protección del patrimonio histórico).

que adopta la norma y del que deben salir o si van dirigidos a ese Estado en cuyo territorio deben entrar. Se trata de circunstancias que exigen, en todo caso, ser valoradas en la aplicación de la ley del contrato conforme a la cual se determinará en tales supuestos qué consecuencias resultan del comportamiento de los contratantes que ha conducido a la violación del ordenamiento extranjero, así como, por ejemplo, el reparto entre los contratantes de los riesgos derivados de la prohibición del negocio o de la falta de autorización del mismo. En principio, sólo a través de esta segunda vía pueden desplegar efectos sobre el régimen de la relación contractual las normas de intervención que imponen sanciones de Derecho público.

C. Reflexión sobre otras materias

28. Habida cuenta de que el artículo 7.1 CR regula la eficacia de normas internacionalmente imperativas extranjeras (no pertenecientes a la *lex causae*) en la configuración del régimen de situaciones privadas transfronterizas únicamente en el ámbito contractual, cabe cuestionarse, ante la ausencia de otras disposiciones equivalentes en nuestro sistema de D.I.Pr., qué ocurre cuando se trata de situaciones que no se hallan comprendidas en el ámbito de aplicación del CR. Fuera del ámbito contractual⁹⁰, no aparece regulada la posible eficacia de las normas imperativas del foro ni de terceros Estados. Si bien la aplicación de las normas del foro que presentan ese carácter y los términos en que debe realizarse no resulta controvertido, la situación es muy distinta respecto de las normas extranjeras, en particular si no pertenecen a la ley aplicable al fondo. Pues bien, pese a la ausencia de disposiciones específicas al margen del artículo 7.1 CR, no debe excluirse que normas internacionalmente imperativas de terceros ordenamientos desplieguen fuera del ámbito del CR cierta eficacia en situaciones privadas regidas por un ordenamiento distinto.

Conviene retener al respecto que algunos de los elementos apuntados en materia contractual son susceptibles de ser extendidos

⁹⁰ Incluso en materia contractual existen acuerdos que quedan fuera del ámbito de aplicación del CR, regidos por las normas del sistema de fuente interna (en particular, los arts. 10.5 y 10.6 C.c.); además, la Ley del Contrato de Seguro, al transponer la normativa sobre ley aplicable a ciertos contratos de seguro de las directivas comunitarias de armonización ha omitido toda referencia a la posible eficacia de las normas imperativas de terceros Estados, si bien prevé la aplicación a lo no previsto de las normas generales de D.I.Pr. en materia de obligaciones contractuales (*vid.* J.C. Fernández Rozas, V. Fuentes Camacho, A. Crespo Hernández, “Artículos 107 a 109”, F. Sánchez Calero, (dir.), *Ley..., op. cit.*, pp. 1904-1953, pp. 1948-1949).

a otros ámbitos. En ocasiones será posible encontrar en el ordenamiento aplicable al fondo de la situación, los instrumentos que hagan posible tomar en consideración, como dato condicionante de la aplicación de sus normas materiales⁹¹, normas internacionalmente imperativas de terceros Estados conectadas con la situación, en particular, en la medida en que el Estado que adopta la norma imperativa se encuentre en una posición fáctica que le permita garantizar su cumplimiento, así como cuando esa norma sea expresión de principios o valores susceptibles de ser tomados en consideración al aplicar la ley rectora de la situación. Por otra, no es extraño que el contenido esencial de normas internacionalmente imperativas (de un ordenamiento conectado con la situación, pese a que no sea su ley aplicable) se correspondan con estándares de amplia aceptación en el panorama internacional, incluso recogidos en convenios internacionales, lo que puede abrir nuevas vías para su eficacia al resolver la controversia, incluso argumentando el recurso a soluciones convencionales -a pesar de que el convenio en cuestión no sea aplicable al supuesto, en especial porque la ley rectora resulte la de un Estado no parte- en tanto que expresión de valores de ampliamente aceptados y compartidos por el foro, lo que puede motivar, de ser necesario, el recurso al mecanismo excepcional del orden público (art. 12.3 C.c.).

V. Derecho imperativo y arbitraje internacional.

29. El extendido empleo del arbitraje en el comercio internacional determina que con frecuencia la autoridad ante la que se plantea la eventual eficacia de normas internacionalmente imperativas sea un tribunal arbitral, que no forma parte de una organización estatal y que funda su poder decisorio en un acuerdo entre las partes. En principio, la contraposición entre tribunales estatales y arbitrales conduce a que los criterios determinantes de la aplicación de normas imperativas de D.I.Pr. no coincidan en uno y otro caso, fundamentalmente porque la noción de foro -y por lo tanto de *lex fori*- pierde su sentido, muy especialmente en la medida en que se consolida la tendencia a la “deslocalización” del arbitraje y el

⁹¹ En línea con la posible toma en consideración al fijar la responsabilidad civil de las normas sobre circulación y seguridad del lugar del accidente (art. 7 Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de circulación por carretera) o de las normas de seguridad del Estado en cuyo mercado se introduce el producto (art. 9 Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos).

desarrollo de éste al margen de una ley nacional⁹². Respecto de los órganos arbitrales, no cabe afirmar que estén obligados -como ocurre con los tribunales estatales- a aplicar las normas de D.I.Pr. del foro. En consecuencia, el tribunal arbitral ni está obligado a aplicar necesariamente las normas internacionalmente imperativas de un Estado en concreto (foro) ni se halla en principio vinculado por las reglas de un sistema de D.I.Pr. relativas a la eficacia de normas imperativas de terceros Estados (del tipo del art. 7.1 CR).

La falta de obligatoriedad para los árbitros de las normas estatales sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales así como la circunstancia de que el alcance del control de los órganos estatales sobre los laudos arbitrales no incluye normalmente la posibilidad de revisar la ley aplicada por los árbitros ni el fondo de su decisión, se corresponden con la tendencia de las legislaciones nacionales sobre arbitraje internacional a limitarse en esta materia a facultar a las partes para elegir la ley aplicable y a prever que a falta de elección se aplicarán las normas que los árbitros estimen apropiadas (como hace en la actualidad el art. 1496 del *Code de procedure civile* francés, que contrasta con el ya superado art. 62 de nuestra Ley de arbitraje). El amplio margen de apreciación de que disponen los árbitros para fijar la ley aplicable a la controversia en defecto de elección aparece confirmado por las normas de los convenios internacionales y de los reglamentos de las instituciones de arbitraje sobre el particular, caracterizados por su flexibilidad. En tales situaciones, el artículo VII.1 del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, de Ginebra de 1961 establece que “aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada...”; y el artículo 17 del Reglamento de arbitraje de la CCI de 1997 que “el árbitro aplicará las reglas de derecho que considere oportunas”.

De todo lo anterior no cabe desprender, sin embargo, que la actividad decisoria de los órganos arbitrales se halla al margen del peculiar ámbito de aplicación espacial de las normas internacionalmente imperativas de los ordenamientos estatales. Muy al contrario, la satisfacción de los intereses del comercio internacional, de los participantes en el arbitraje, y de los Estados con los que presentan vínculos las controversias exige en ocasiones la toma en consideración o la aplicación por parte de los árbitros -también cuando deciden en equidad⁹³- de normas (estatales)

⁹² Cf. con ulteriores referencias M.V. Cuartero Rubio, *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 29-37.

⁹³ Las normas (internacionalmente) imperativas, que además son con frecuencia expresión de criterios de justicia ampliamente aceptados, deben ser

internacionalmente imperativas, como ilustra la práctica arbitral⁹⁴. Esta idea resulta reforzada por la tendencia generalizada a no excluir la arbitrabilidad de las controversias por el hecho de que afecten a cuestiones de orden público⁹⁵.

30. Al valorar la exigencia de que los árbitros den efecto a normas imperativas, reviste especial trascendencia la circunstancia de que la no contrariedad del laudo arbitral con el orden público de ciertos Estados es normalmente necesaria para garantizar la eficacia de la decisión, habida cuenta de los mecanismos existentes de control judicial (estatal) del laudo. No sólo el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales están subordinados a que no sean contrarios al orden público del país en que se pide -art. V.2.b) Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958- sino que también es posible la impugnación judicial del laudo, que será anulado cuando contraríe el orden público del Estado cuyos tribunales conocen de la impugnación, para lo que típicamente son competentes los tribunales del lugar de emisión del laudo⁹⁶. En consecuencia, cabe entender que, en línea de principio, los órganos arbitrales para garantizar el buen fin de su misión deben observar el orden público internacional del país (o países) cuyos tribunales son competentes para conocer de la eventual impugnación del laudo o en el que es de prever que deba solicitarse su ejecución, si no tiene lugar el cumplimiento voluntario⁹⁷. La vulneración por el órgano arbitral de las normas internacionalmente imperativas del ordenamiento cuyos tribunales controlan el laudo (en el trámite de impugnación o de ejecución) constituye típicamente a esos efectos un supuesto de infracción del orden público, como ha manifestado expresamente la jurisprudencia comunitaria respecto a la inobservancia de la prohibición de los

respetadas en el arbitraje de equidad, lo que puede fiscalizarse tanto en una eventual impugnación del laudo, como en el marco de su ejecución, *vid.* P. Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2^a ed., Tubinga, 1989, p. 548.

⁹⁴ Para una síntesis de la práctica de la CCI sobre el particular, con referencia detallada a asuntos significativos, *vid.* B. Von Hoffmann, “Internationally Mandatory Rules of Law Before Arbitral Tribunals (A General Outline)”, K.H. Böckstiegel (ed.), *Acts of State and Arbitration*, Colonia, 1997, (*Sonderdruck*), pp. 3-28, pp. 12-16.

⁹⁵ Si bien en ocasiones la coordinación con la intervención de órganos administrativos plantea dificultades, *vid.*, en materia de defensa de la libre competencia, D. Hahn, *L'arbitrage commercial international en Suisse face aux règles de concurrence de la CEE*, Ginebra, 1983, pp. 101-117.

⁹⁶ Ampliamente *vid.* M.V. Cuartero Rubio, *El recurso...*, *op. cit.*, pp. 75-111.

⁹⁷ Cf. D. Hochstrasser, “Choice of Law and Foreign Mandatory Rules in International Arbitration”, *J.Int.Arb.*, vol. 11, 1994, pp. 57-86, p. 86.

acuerdos contrarios a la libre competencia del artículo 81 TCE (antiguo art. 85)⁹⁸.

31. La toma en consideración de normas imperativas de ordenamientos cuyos tribunales pueden estar llamados a llevar a cabo el control judicial del laudo no agota las cuestiones que se plantean en este contexto. Es importante tener en cuenta que con frecuencia no existe certeza acerca de ante los tribunales de qué Estado se solicitará una eventual ejecución, ni siquiera en ocasiones la impugnación. Además se plantean otras cuestiones controvertidas, pues las soluciones de los ordenamientos relevantes (por ejemplo, el del lugar de emisión del laudo y el de la sede del demandado) pueden ser contradictorias. En segundo lugar, porque no agota las situaciones en las que resulta apropiado que los órganos arbitrales apliquen normas internacionalmente imperativas.

En efecto, por una parte, cuando el órgano arbitral aplica un ordenamiento estatal como ley del contrato, en principio, todas las normas imperativas de ese ordenamiento que incluyan en su ámbito de aplicación espacial el supuesto deben ser aplicadas⁹⁹, en línea con el criterio ya señalado al tratar de la situación ante los tribunales estatales. Por otra parte, pese a que entre las reglas que guían la actividad del árbitro no exista una -del tipo del art. 7.1 CR- que contemple la eventual eficacia de normas internacionalmente imperativas de otros ordenamientos, en la medida en que el contenido del artículo 7.1 CR responde a la importancia de los intereses que tratan de satisfacer esas normas imperativas y a la toma de conciencia acerca de la necesidad de coordinación internacional para satisfacerlos, no resulta descabellado que la práctica arbitral muestre una tendencia creciente a la eficacia de normas imperativas. Ahora bien, la respuesta del órgano arbitral puede estar condicionada, de una parte, por la importancia atribuida a la autonomía de la voluntad en el arbitraje¹⁰⁰, y deberá estarlo, de otra,

⁹⁸ Vid. sentencia TJCE de 1 de junio de 1999 en el asunto C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, en cuyo fallo se declara que “un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 81 CE (ex art. 85), si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público”.

⁹⁹ Vid. J.B. Racine, *L'arbitrage comercial international et l'ordre public*, París, 1999, pp. 240-255.

¹⁰⁰ Si bien, en línea con la célebre Sentencia de 2 de julio de 1985 del Tribunal Supremo de EE.UU. en el asunto *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, es claro que la vinculación del órgano arbitral a lo pactado por las partes

por la ausencia de un foro, es decir, por la no dependencia directa de una soberanía estatal, circunstancia relevante en la medida en que los fundamentales intereses de política económica, estratégica... que inspiran estas normas pueden no ser compartidos por los diversos Estados con los que esté vinculada la controversia y la pertenencia al foro de una norma de este tipo no será aquí criterio determinante de su prevalencia.

La ausencia de foro no plantea dificultades cuando un regla aplicable a la situación forma parte del llamado orden público transnacional¹⁰¹, pues se impondrá normalmente su aplicación, también como límite a la aplicación de normas de la ley del contrato, en línea con la función negativa propia de la excepción de orden público en materia de ley aplicable¹⁰². No obstante, la noción de orden público transnacional presenta carencias¹⁰³ y sólo es capaz de aportar, junto a ciertos principios -por ejemplo derivados de la normativa internacional sobre derechos humanos-, reglas definidas en sectores concretos, por ejemplo, tratándose de embargos comerciales acordados por Naciones Unidas, normas sobre la prohibición de la corrupción o reglas relativas a protección del patrimonio histórico (contenidas en instrumentos internacionales). Ante la ausencia de normas concretas de orden público transnacional, la existencia de amplia aceptación en el panorama comparado (y, en particular, entre los Estados con los que presenta vínculos la controversia) en torno al contenido de normas imperativas estatales en cuyo alcance queda comprendido el supuesto litigioso así como acerca del criterio de aplicación espacial que emplean, puede justificar su aplicación o toma en consideración por el órgano arbitral. En esta línea, buena parte de las consideraciones realizadas anteriormente en torno a la eficacia sobre las transacciones internacionales de las normas internacionalmente imperativas de un tercer ordenamiento pueden ser operativas también, con las adaptaciones precisas, en el marco del arbitraje. En

no supone que un acuerdo entre los contratantes acerca de la ley aplicable determine la imposibilidad de dar efecto a normas internacionalmente imperativas de otros ordenamientos condicionantes del régimen jurídico del contrato.

¹⁰¹ Sobre la construcción de esta categoría, *vid.* P. Lalive, “Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international”, *Rev. arb.*, 1986, pp. 323-375; acerca de la aplicación inicial en el marco del arbitraje de la noción de orden público verdaderamente internacional, *vid.* J.D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Nueva York, 1978, pp. 539-541.

¹⁰² *Vid.* O. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, 1996, pp. 874-878.

¹⁰³ Extensamente sobre su justificación, fuentes y contenido, *vid.* J.B. Racine, *L'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 355-418.

particular, la práctica arbitral reafirma la posibilidad -en ocasiones, exigencia- de que los árbitros tomen en consideración normas imperativas de un tercer ordenamiento como dato relevante en la aplicación de las disposiciones materiales reguladoras del fondo de la situación, por ejemplo, cuando el Estado del que emanan las normas imperativas puede garantizar su cumplimiento, por ejemplo, porque los bienes objeto del contrato deben atravesar sus fronteras para que se ejecute alguna de las obligaciones.