

CONSEJO EDITORIAL

RICARDO ALONSO GARCÍA

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

AURELIO MENÉNDEZ

ALFREDO MONTOYA MELGAR

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

*Catedrático de Derecho internacional privado*

*de la Universidad de Granada*

(Editor)

# DERECHO CONTRACTUAL COMPARADO

Una perspectiva europea y  
transnacional

TERCERA EDICIÓN

TOMO I



UNIVERSIDAD  
de Granada

CIVITAS



THOMSON REUTERS



THOMSON REUTERS PROVIEW eBooks

Incluye versión en digital

Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2013-411156-P, titulado «Derecho Contractual Comparado», del que es investigador principal el Dr. Sixto Sánchez Lorenzo, y que ha sido financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters  
Citizás es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2016 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Sixto Sánchez Lorenzo (edit.) y otros]  
© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galat, 15

31100 Gazar Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9135-925-8 (Obra completa)

ISBN: 978-84-9135-923-4 (Tomo I)

DL NA 2308-2016

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Indústria Gràfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

## RELACION DE AUTORES

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN

*Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada*

Javier BELDA MERCADO

*Profesor Titular de Derecho romano de la Universidad de Granada*

Rocío CARO GÁNDARA

*Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Málaga*

Miguel CHECA MARTÍNEZ

*Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Cádiz*

María Teresa ECHEZARRETA FERRER

*Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Málaga*

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

*Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo*

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA

*Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada*

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA

*Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Jaén*

Rosa GARCÍA PÉREZ

*Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Granada*

Esperanza GÓMEZ VALENZUELA

*Becaria de Investigación de Derecho internacional privado de la Universidad de Jaén*

Pilar JIMÉNEZ BIANCO

*Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo*

Ángeles LARA AGUADO

*Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada*

Nuria MARCHAL ESCALONA	
<i>Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada</i>	
Rosa MIGUEL SALA	
<i>Wissenschaftliche Mitarbeiterin de la Universidad de Bayreuth (Alemania)</i>	
Patricia OREGUNDO PRIETO DE LOS MOZOS	
<i>Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid</i>	
María Luisa PALAZÓN GARRIDO	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho civil de la Universidad de Granada</i>	
Francisco PERTIÑEZ VILCHEZ	
<i>Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad de Granada</i>	
Ana QUIÑONES ESCÁMEZ	
<i>Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona</i>	
Ricardo RUEDA VALDIVIA	
<i>Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada</i>	
Carmen RUIZ SUTILL	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada</i>	
Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO	
<i>Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada</i>	
Mercedes SOTO MOYA	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada</i>	
Carmen VAQUERO LÓPEZ	
<i>Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado de la Universidad de Valladolid</i>	
José Joaquín VARA PARRA	
<i>Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad de La Coruña</i>	

## SUMARIO

ABREVIATURAS Y SIGLAS .....	39
PREFACIO .....	49
PARTE I	
<b>FUENTES Y DERECHOS</b>	
1. <b>EN LA SECULAR BÚSQUEDA EUROPEA DE UN PARADIGMA DE JUSTICIA CONTRACTUAL: EL ENFOQUE DE JUSTICIA RELACIONAL</b> .....	55
Rocío CARO GANDARA	
I. <b>Introducción</b> .....	55
II. <b>Construcción del contrato y de la justicia (contractual)</b> .....	56
1. <b>Claves del derecho romano</b> .....	57
A. Quinto Mucio Escévola y la época tardorrepública .....	57
B. Marco Anísio Labeón y el principado de Augusto ..	62
C. Domicio Ulpiano y la ética del Imperio .....	64
2. <b>Del Derecho romano a los juristas medievales: glosadores y comentaristas</b> .....	66
3. <b>El iusnaturalismo de la Escuela de Salamanca</b> .....	67
4. <b>Las construcciones racionalistas</b> .....	68
A. Tránsito filosófico .....	68
B. Polémica doctrinal .....	69
III. <b>Deconstrucción: exaltación y crisis de la libertad individual</b> ...	72
1. <b>La diferente consolidación del dogma de la autonomía de la voluntad en los códigos civiles europeos</b> .....	72
A. Del iusnaturalismo racionalista al «Code civil» .....	72

## LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

PATRICIA OREGUDO PRIETO DE LOS MOZOS

*Profesora Titular de Derecho internacional privado  
de la Universidad Complutense de Madrid (España)*

RICARDO RUEDA VALDIVIA

*Profesor Titular de Derecho internacional privado  
de la Universidad de Granada (España)*

SUMARIO: I. ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE. 1. *La autonomía de la voluntad: principio fundamental del DIPr de contratos.* 2. *Elección de la ley aplicable.* 3. *Límites a la autonomía de la voluntad.* II. LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN. 1. *Modelos para la determinación de la ley aplicable en defecto de elección.* 2. *La regla general de los vínculos más estrechos.* 3. *Reglas especiales para los contratos sobre derechos reales inmobiliarios o arrendamiento de inmuebles.* III. ÁMBITO DE LA LEY REGULADORA DEL CONTRATO. IV. ASPECTOS CONTRACTUALES OBJETO DE REGULACIÓN DIFERENCIADA. 1. *Capacidad contractual.* 2. *Forma del contrato.* 3. *Modalidades de cumplimiento.* V. NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS Y ORDEN PÚBLICO. 1. *Intervención de las normas internacionalmente imperativas.* 2. *La excepción de orden público.* VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

### I. ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE

#### 1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL DIPR DE CONTRATOS

1. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad como criterio prioritario para determinar la ley aplicable al contrato, *proffessio iuris* o autonomía ficticial en el ámbito contractual<sup>1</sup>, es una solución conocida desde

(1) *Vid.* sobre la distinción entre autonomía ficticial (elección de la ley aplicable) y material (inclusión en un contrato de las cláusulas, términos y condiciones que las partes deseen), J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 8.ª ed.,

tiempos remotos<sup>8</sup> que se encuentra en la actualidad extraordinariamente extendida en todo el mundo<sup>9</sup>.

La *lex contractus* se establece con base en la voluntad de las partes en todos los países de la UE, en virtud de lo previsto en el Reglamento Roma I (art. 3)<sup>10</sup>, para Dinamarca aún el CR 80 (*vid.* también art. 3)<sup>11</sup>. Es igualmente la solución del Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre la Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales (CH 55) (art. 2)<sup>12</sup>, del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermedarios y a la Representación (CH 78) (art. 5)<sup>13</sup> y del Convenio de La Haya de 22 de diciembre de 1986 sobre la Ley Aplicable a la Compra-venta Internacional de Mercaderías (art. 7.1)<sup>14</sup>, así como la propuesta en Suiza (art. 116 LDIPS)<sup>15</sup> y otros Estados europeos como Albania (art. 45 LDIPALB)<sup>16</sup>,

Gizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 555. Es equivalente a la diferencia entre *Particulatonomie y Privatautonomie* a la que se refiere C. Konter, en «L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatsisme», *R. des C.*, t. 359, 2013, § 35.

(2) *Vid.* una sintética exposición histórica en S. LEBLUE, «La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2001, pp. 214-233, esp. p. 216 (disponible en [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)).

(3) Afirma O. LARDO que «the parties' right to choose the law which governs an international contract is so widely accepted by the countries of the world that it belongs to the common core of the legal system» en «Contracts», *IECL*, vol. III (Capítulo 24), Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 3.

(4) El CR 80, al que sustituyó el RRI, no introdujo en este ámbito soluciones novedosas en el DIPr de contratos de los por entonces EM de la CEE. Como refleja el Informe explicativo del Convenio (M. GUILIANO y P. LAGARDE, «Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations», *DO* 282, 31-10-1980, en adelante *Informe Giuliano/Lagarde*), la autonomía conflictual ya se reconocía (normativa o jurisprudencialmente) en Francia, Alemania, los países del BENELUX, Italia e Irlanda, que fueron los EM a los que se abrió a la firma (*vid.* para más detalle el comentario del *Informe Giuliano/Lagarde* al art. 3).

(5) *Vid.* considerando 46 y art. 1.4 RRI. En la regulación de la elección de ley, el RRI presenta pocas novedades con respecto al CR 80: el cambio más significativo lo constituye la introducción del párrafo 4°, art. 3, al que se hará referencia más adelante: *vid.* H. HEISS, «Party Autonomy», F. Ferrari y S. Leible (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, 2009, pp. 1-16, esp. p. 4. *Vid.*, también, F. J. GARCÍA MARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation: Much ado about nothing?», *European Legal Forum*, 2008-2, pp. 61-120.

(6) Vigente en Italia, Francia, Suecia, Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suiza, se sigue aplicando frente al RRI en los tres primeros Estados (art. 25.1 RRI) y frente al CR 80 en Dinamarca (art. 23 CR 80).

(7) En vigor en Argentina, Francia, Países Bajos y Portugal, de manera que también prevalece frente al RRI en estos tres últimos Estados *ex art.* 25.1 RRI.

(8) *Vid.* art. 7. Este instrumento no está vigente, por lo que solo será objeto de menciones puntuales. *Vid.* en particular, sobre la ley aplicable en defecto de elección, *infra* nota 158.

(9) *Vid.* B. DURTOT, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5.ª ed., Basilea, Helbing Lichtenhahn, 2016, pp. 494 y ss.

(10) Que reconoce ya de antiguo la autonomía de la voluntad conflictual para los contratos, pero además ha modificado su Ley de DIPr en 2011 en la línea de lo previsto en

Montenegro (art. 38 LDIPMO)<sup>11</sup> y Serbia (art. 19 CDIPSER); de Oriente Medio, como Turquía (art. 24 LDIPDPTR), Líbano<sup>12</sup> Irak (art. 25.1 CCIRAK)<sup>13</sup>, Irán (art. 10 CCIRAN)<sup>14</sup> e Israel<sup>15</sup>; y euroasiáticos, como la Federación Rusa (art. 1210 CCFR)<sup>16</sup>. La acogida de la autonomía de la voluntad se confirma como criterio preferente en el resto del continente asiático, o al menos en China (art. 4 LDACH)<sup>17</sup>, Corea del Sur (art. 25 LCI.CO), Hong Kong e India (*vid. infra*), Japón (art. 7 LRGAJJA)<sup>18</sup>, Taiwán (art. 201.1 LDATA) y Vietnam (art. 83.4 CCV)<sup>19</sup>. Además, la voluntad de las partes constituye el punto de partida para la determinación de la ley aplicable a los contratos en la *Common Law* de Inglaterra en su periodo previo a la adhesión del Reino Unido al CR 80. El *leading case* inglés, *Vita Food Products Inc. v Unus Shipping Co. Ltd.* [1939] A.C. 277, 299, seguido en Australia<sup>20</sup>, Canadá<sup>21</sup> (excepto Quebec<sup>22</sup>), Hong Kong<sup>23</sup>, India<sup>24</sup> y Nueva

el RRI: cf. A. GURU BUSHARTI, «The Albanian Private International Law of 2011», *YPL*, vol. 15, 2013-2013, pp. 509-528, esp. p. 519.

(11) Cuya ley de DIPr de 9 de enero de 2014 también sigue al RRI: *vid.* M. KOSTIC-MANDIC, «The new Private International Law Act of Montenegro», *YPL*, vol. 16, 2014-2015, pp. 429-439, esp. p. 435.

(12) Donde la regla es de origen jurisprudencial: cf. E. TYAN, *Précis de droit international privé*, Beirut, Librairie Antoine, 1966, p. 240.

(13) Cf. H. AL DABAQEH, «Regards critiques sur les règles de conflit de lois en droit international privé irakien», *RDC*, 2006, pp. 885-924, esp. pp. 915.

(14) Cf. S. N. EBRANKI, «An Overview of the Private International Law of Iran (Part Two)», *YPL*, vol. 12, 2011, pp. 413-441, esp. p. 436.

(15) Cf. T. ERNHOFF, *Private International Law in Israel*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, p. 78.

(16) *Vid.* O. VOROBYEVA, *Private International Law in Russia*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, pp. 21 y 81.

(17) *Vid.* Z. HUO, «Highlights of China's New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law», *RJT*, vol. 45, 2011, pp. 637-684, esp. p. 672; Y. XIAO y W. LONG, «Contractual Party Autonomy in Chinese Private International Law», *YPL*, vol. 11, 2009, pp. 193-209.

(18) *Vid.* al respecto Y. OKUDA, «Reform of Japan's Private International Law», *YPL*, vol. 8, 2006, pp. 145-167, esp. pp. 148-149; Y. NISHITANI, «Party Autonomy and its Restrictions by Mandatory Rules in Japanese Private International Law: Contractual Conflicts Rules», J. BAKERDORF, H. BAYM y Y. NISHITANI (Eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 77-103.

(19) T. H. TRAN NGUYEN, *Private International Law in Vietnam*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, p. 79.

(20) *Vid.* J. L. R. DAVIS, *Casebook on the Conflict of Laws in Australia*, Sydney/Melbourne/Brisbane, Butterworths, 1971, pp. 177 y ss.; M. THURBY, G. DAVIS y B. ORESKIN, *Conflict of Laws in Australia*, Melbourne, Oxford University Press, 2002, pp. 733 y ss.

(21) *Vid.* J. BLOM, «Contracts», M. Baer et al., *Private International Law in Common Law Canada*, Toronto, Ermond Montgomery Publications Ltd., 1997, pp. 541-609; J. C. CASTEL y J. WALKER, *Castel & Walker Canadian Conflict of Laws*, vol. II, 6.ª ed., Ontario/Vancouver, Butterworths, 2005, § 31.

(22) Cuyo Código civil también dispone la autonomía conflictual en la materia (*vid.* art. 3111.1 CCQ).

(23) *Vid.* L.-C. WOLFF, «Hong Kong's Conflict of Contract Laws: Quo Vadis?», *Journal of Private International Law*, vol. 6, 2010, pp. 465-498, esp. p. 469.

(24) *Vid.* A. M. SETALVAD, *Conflict of Laws*, Nueva Delhi, LexisNexis/Butterworths, 2007, pp. 627-628.

Zelandá<sup>25</sup>, dispone que la *proper law of the contract* se determina atendiendo a la intención de las partes<sup>26</sup>, expresada de manera explícita o deducible del contrato o sus circunstancias. En los EEUU la determinación de la *lex contractus* con base en la autonomía de la voluntad se encuentra dispuesta en el *Uniform Commercial Code* (§ 1-301), vigente en todos los Estados excepto de Luisiana, y en la § 187 del *Restatement (Second) of the Law of Conflict of Laws*, que es la sección del *Restatement* más aplicada por los tribunales estadounidenses, convirtiendo a la solución que propone en un principio prácticamente universal en este país<sup>27</sup>. En el continente africano la autonomía de la voluntad se considera también un principio aceptado con carácter general<sup>28</sup>. Concretamente, se admite, aunque con ciertas dudas (conforme al sistema Romano-Holandés) en Sudáfrica<sup>29</sup>, así como en los países que siguen la *Common Law* inglesa, como Kenia<sup>30</sup>, Sudán<sup>31</sup> y Botswana<sup>32</sup>, pero también en ordenamientos tributarios del Derecho francés, como el de Congo (art. 11.2 CCCON)<sup>33</sup>. Además, la *electio iuris* resulta igualmente eficaz en los Estados latinoamericanos en los que se aplica la Convención de México de 17 de marzo de 1994 sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales (CM 94) (art. 7) –a fecha actual, México y Venezuela–<sup>34</sup>, así como en Argentina (art. 2651 CCCoMA), Chile (art.

(25) Vid. A. H. ANGEL, *Private International Law in New Zealand*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, p. 34; P. R. WEBS Y J. L. R. DAVIES, *A Casebook on the Conflict of Laws of New Zealand*, Wellington, Butterworths, 1970, p. 337.

(26) *«It is a fundamental principle of the English rule of conflict of laws that intention is the general test of what laws to apply»*. Sobre este precedente, *vid.* por todos I. COLLINS (ed.), *Diets and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 2, 11.ª ed., Londres, Stevens & Sons Limited, 1987 (última edición antes de la mencionada adhesión del Reino Unido al CR 80, en adelante *Diets & Morris*), regla 180, pp. 1161 y ss. La última edición manuscrita de esta obra, que lógicamente incorpora el RRI, es L. COLLINS (ed.), *Diets, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, vol. 2, 14.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2006. A ella se hará referencia como *Diets, Morris & Collins*.

(27) Cf. P. HAY, P. J. BORCHERS Y S. C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 5.ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 2010, p. 1087.

(28) Vid. R. FRIBONG OPOONG, «Private International Law in Africa: the Past, Present and Future», *AJCL*, vol. 35, 2007, pp. 677-719, esp. pp. 682-683.

(29) Vid. C. F. FORSYTH, *Private International Law: The Modern Roman-Dutch Law including the Jurisdiction of the High Courts*, 5.ª ed., Ciudad del Cabo, Juta, 2012, pp. 316 ss.

(30) Vid. I. O. OMOBUYI, *Theory and Practice of International Commercial Litigation. Aspects of Private International Law*, Benin City, Ambik Press, 2000, pp. 65-69.

(31) A. M. TER, *Private International Law in the Sudan. Cases and Materials*, Jartum, 1981, pp. 253-256.

(32) Donde también se atiende, en defecto de normas específicas, a la jurisprudencia sudáfrica: *vid.* J. KICOUNDU, *Private International Law in Botswana. Cases and Materials*, Gaborone, Associated Printers, 1995, pp. 214-216.

(33) Vid. J. DE BURLET, *Précis de droit international privé congolais*, Bruselas, Larcier, 1971, p. 282.

(34) Vid. además en Venezuela art. 29 LDIPVE y en México art. 13 V CCME.

16.2 CCCHI y art. 113 CCoM(CHI)<sup>35</sup>, Cuba, Ecuador, Guatemala y Perú<sup>36</sup>, Panamá (art. 77 CDIPPA), Paraguay (art. 4.1 LDACIPAR) y la República Dominicana (art. 58 LDIPRD).

No en vano, si hay una tendencia clara en el DIPr de contratos es la extensión de la autonomía conflictual, fomentada por propuestas de *soft law* como los Principios sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales, aprobados el 19 de marzo de 2015 en La Haya (PLH) o la Ley modelo de la OHADAC sobre DIPr (IM OHADAC) (art. 45). De ahí que, aunque no se haya aceptado en otros países latinoamericanos<sup>37</sup>, como Brasil<sup>38</sup>, Colombia o Uruguay<sup>39</sup>, es razonable pensar que sus ordenamientos serán reformados a corto o medio plazo en esta materia, para introducir inequívocamente el principio.

2. La constatación empírica de que una parte sustancial de los ordenamientos jurídicos autoriza a las partes en el contrato a elegir la ley aplicable permite elevar la autonomía de la voluntad a principio general<sup>40</sup>, con consecuencias relevantes. Y es que al margen de que el DIPr de un determinado Estado avale o no la elección, la práctica revela un empleo extendido de la *propositio iuris* en contratos-modelo, cláusulas-tipo, condiciones generales

(35) A. LEÓN, «Reforma del sistema chileno de Derecho internacional privado», J. KLEINSTEINERKAMP Y G. A. LORENZO IZARRTE (Coords.), *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samulsen*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 178-189, esp. p. 183. También, en relación con el art. 113 CCoM(CHI), M. M. ALBORNOZ, «Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems», *JPL*, vol. 6, 2010, pp. 23-58, esp. p. 39.

(36) Sobre estos tres países, *ibidem*, pp. 38-42. La autora también cita Costa Rica. El Salvador, Honduras y Nicaragua como Estados que admiten la autonomía de la voluntad (pp. 42 y 43).

(37) Vid. las razones para el rechazo en algunos de estos países (señaladamente Uruguay y Brasil) en las negociaciones de convenios de la CIDIP anteriores a la CM 94 en C. FRESNEO DE AGUIRRE, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991, pp. 73-80 y F. JUENGER, «The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons», *AJCL*, vol. 42, 1994, pp. 381-393, esp. pp. 386-388.

(38) Vid. I. STRENGER, *Direito internacional privado*, 6.ª ed., Sao Paulo, LTr, 2005, pp. 630-631. Sobre la normativa brasileña en este punto, *vid.* también M. M. ALBORNOZ, *loc. cit.*, pp. 44-46.

(39) En Colombia el Derecho positivo sólo garantiza la elección de la *lex fori*, y aunque la jurisprudencia ha asumido una posición favorable a la elección de ley extranjera (*vid. infra* nota 42), resulta imposible afirmar sin reservas que quepa *electio iuris* en la materia: *vid.* P. OREJUDO PRERO DE LOS MOZOS, «El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr», *AJEDIP*, t. XIII, 2013, pp. 681-697, esp. p. 690. Vid. también M. M. ALBORNOZ, *loc. cit.*, p. 46. Sobre Uruguay, *ibidem*, pp. 47-48.

(40) Lo considera principio general del Derecho reconocido por las naciones civilizadas en el sentido del art. 38.3 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia O LANDO, *loc. cit.*, p. 33. *Contra*, C. KONLER, «L'autonomie de la volonté», *loc. cit.*, §§ 4 y 35. Sobre las corrientes doctrinales surgidas desde finales del siglo XIX relativas al principio de la autonomía de la voluntad, *ibidem*, §§ 33-37. Sobre los antecedentes históricos, *vid.* P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 3-14.

de contratación y contratos redactados *ad hoc*<sup>41</sup>, por lo que también los órganos jurisdiccionales de esos Estados, como Brasil, que no reconocen normativamente la elección de ley, se han visto obligados a pronunciarse sobre su eficacia, y la han afirmado, alegando precisamente que la autonomía de la voluntad es un principio rector de los contratos internacionales<sup>42</sup>.

3. Lo entendido de esta solución se explica por las razones que avalan su reconocimiento en esta materia: la elección de la *lex contractus* permite a las partes lograr un mayor ajuste de lo dispuesto en el contrato a sus intereses particulares y aporta seguridad y previsibilidad al negocio jurídico<sup>43</sup>. La autonomía conflictual se concibe, así, como una extensión de la libertad contractual ineludible para los contratos internacionales y como eludir interpretaciones legalistas de conexiones abiertas. Ejercitando la *prorogatio iuris* las partes disponen con certeza la ley con arreglo a la cual se interpretará e integrará el contrato, y podrán hacer uso de la autonomía material con conocimiento de los límites que esa ley establece (esto es, de que normas no resultan dispositivas)<sup>44</sup>. Lógicamente, ello no obsta a que la elección esté sujeta a reglas y excepciones o límites, tal y como se expone a continuación.

## 2. ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE

4. La elección por las partes de la ley aplicable se realiza, por lo general, de manera expresa, a través de una cláusula inserta en el contrato o por medio de un pacto de *lege uelenda* redactado al margen del documento negocial. Como antes se ha indicado, lo que las normas de conflicto o los precedentes jurisprudenciales normalmente afirman es la necesidad de determinar la ley aplicable al contrato con arreglo a la voluntad (o intención)

(41) Cf. L. RAVILLON, «La recherche de la sécurité juridique: la stipulation quasi systématique d'une clause de choix de la loi applicable», S. CARNELOUP y N. JOUBEYRT (Dir.), *Le Règlement Communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, pp. 67-93, esp. pp. 67-69.

(42) Cf. C. KONLER, *loc. cit.*, § 37. Cita también jurisprudencia brasileña favorable a la autonomía de la voluntad conflictual M. M. АВОКЖОВ, *loc. cit.*, p. 45. En Colombia se mencionan decisiones judiciales que admiten la elección de ley extranjera en contratos internacionales (cf. J. OVIDIO АВАÑ, «La Ley aplicable a los contratos internacionales», *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2012, pp. 117-157, esp. p. 132), pero no queda claro si estos órganos invocan, para justificarla, el principio de autonomía de la voluntad como principio general.

(43) Vid. P. NYGH, *op. cit.*, pp. 2 y 3; C. KONLER, *loc. cit.*, §§ 38-41; O. LANDO, «Contracts», *loc. cit.*, p. 24-63; J.-M. JACQUET, «La théorie de l'autonomie de la volonté», S. CARNELOUP y N. JOUBEYRT (Dir.), *Le Règlement Communautaire Rome I op. cit.*, pp. 1-15, esp. pp. 6 y 7; M. МАНДЕРУ, *Party Autonomy in Contractual and Non-Contractual Obligations*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2014, pp. 85-89; S. LEVIT, *loc. cit.*, pp. 217-218.

(44) Sobre las funciones interpretativa, completiva y limitadora de la ley aplicable al contrato, vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional», *REDI*, vol. LXI (2009), 1, pp. 39-74, esp. p. 44.

de las partes, manifestada de forma expresa o tácita<sup>45</sup>. Cuando la elección es expresa, ya se realice a través de una cláusula o de un convenio fuera del contrato al que se refiere, el pacto es independiente del resto del contrato en lo que al régimen de su existencia y validez respecta<sup>46</sup>.

5. La existencia y la validez sustancial de la elección de ley se determinan en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos (y en principio: *vid.* los matices *infra*, § 6) con arreglo a la *lex contractus*, o más bien a la *lex hypothetica contractus*, es decir, la ley que se aplicaría al contrato de ser válido (*vid. infra*, § 26). De esta forma, como quiera que la cláusula lo que hace precisamente es designar una ley, es la ley elegida la que determinará su existencia y validez<sup>47</sup>. Otra posibilidad es estar a la ley aplicable en defecto de elección, pero el empleo de esta solución es más marginal<sup>48</sup>. Y resulta también inusual una tercera opción, que es aplicar la *lex fori*, al menos en lo relativo a todos los aspectos de la elección<sup>49</sup>. Lo que sí ocurre es que en algunos sistemas, además de la ley elegida se aplica la *lex fori*.

En *Common Law* se diferencia entre la existencia del acuerdo y su validez sustantiva: la validez se rige por la ley elegida y la *lex fori* regula la existencia de la elección<sup>50</sup>. Esta distinción persigue salvar inconvenientes que pueden obligar a tomar en consideración otras leyes diferentes a la elegida (aunque no necesariamente la *lex fori*: *vid. infra* § 6).

La validez formal de la cláusula se favorece por lo general con conexiones alternativas a la *lex contractus*, tal y como ocurre con el resto del contrato<sup>51</sup> (*vid.* §§ 32-36); y la capacidad para otorgarla, como la capacidad

(45) Art. 3.1 CR 80; art. 3.1 RRI; art. 2 CH 55; art. 5 CH 78; art. 7 CM 94; art. 4 PLH; art. 45 LM OHADAC. *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.*, § 187.1 *Restatement (Second)*; art. 25 LCLCO; art. 38 LDIPMO; art. 3111.1 CCG; art. 24.1 LDIPDPTUR; art. 6 LDACIPAR; art. 1210 CCFR; art. 58.1LDIPRD; art. 20 LDMA.

(46) O. LANDO, «Contracts», *loc. cit.*, p. 24-81; C. KONLER, *loc. cit.*, p. 101; S. LEIBLE, *loc. cit.*, 2001, p. 221.

(47) Así, en el CR 80, RRI, CH 78, CM 94. Lo prevén expresamente Albania (art. 45.5 LDIPALB), Montenegro (art. 38.5 LDIPMO) y Suiza (art. 116.2 LDPS); y se afirma del DIPr de Israel (cf. T. ELKHORI, *op. cit.*, p. 95) y del ruso (cf. O. VOKOBEVA, *op. cit.*, p. 82). *Vid.* además el art. 2.3 CH 55 y el art. 6.1 PLH. Ni la LM OHADAC ni el DIPr dominicano (inspirado en dicha LM) recogen disposiciones específicas, lo que no debe impedir que en este Estado se adopte una solución similar.

(48) P. HAY, P. J. ВОКЖЕНС и S. G. СЫМЕОНИДЗS afirman que se contempla, p.e., en el Código civil de Luisiana (*Comments of Laws*, *op. cit.*, p. 1131, nota 6); es de suponer que por el juego de los arts. 3540 y 3537 (el CCLU, tras la revisión llevada a cabo por la Ley núm. 923 de 1991, puede consultarse en <http://www.law.lsu.edu/>).

(49) Esta parece ser, no obstante, la práctica en China, según Y. XIAO y W. LONG, *loc. cit.*, p. 200.

(50) Cf. *Drey & Morris, op. cit.*, regla 180, p. 1177.

(51) Si bien hay instrumentos que en lugar de remitir la cuestión a una norma de conflicto con conexiones alternativas prevén, con idéntico *favor validitatis*, disposiciones materiales específicas para la cláusula de elección de ley. P.e., el art. 5 PLH afirma la libertad de forma, a salvo de la posibilidad de que las partes dispongan otra cosa. Y también se afirma en el CH 78; cf. H. L. E. VERHAEGEN, *Agency in Private International Law. The Hague Convention*

para contratar en general, también puede someterse a una ley distinta a la elegida (vid. §§ 28-31).

6. La distinción antes referida entre existencia del acuerdo y validez sustancial se defiende esencialmente para evitar que la elección de una ley extranjera por una de las partes (p.e. a través de sus condiciones generales de contratación) comporte resultados sorprendidos para la otra.

Así, en *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v Compagnie d'Armement Maritime S.A.* [1971] A.C. 572, 604, se afirmó la conveniencia de aplicar las normas ordinarias del Derecho inglés relativas a la formación del contrato a la cuestión de si las partes quisieron elegir la ley aplicable en el contrato. La ley rectora de la validez, sin embargo, sigue siendo la ley elegida. Esta solución también se seguiría en otros sistemas, como el suizo<sup>52</sup>, y es la que se propone en el *Restatement (Second)*<sup>53</sup>. El CR 80 y el RRI resuelven el problema añadiendo, en la disposición conflictual que declara aplicable la *lex hypothecae contractus* (arts. 8.1 CR 80/10.1 RRI), otra, conforme a la cual (arts. 8.2 CR 80/art. 10.2 RRI) «(...) para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado 1» (vid. infra § 38). Los PLH recogen la norma en el art. 6.2.

7. Las disposiciones normativas y la jurisprudencia que amparan la autonomía conflictual en materia contractual admiten también la determinación de la ley aplicable en base a la voluntad o intención tácita de las partes: si cabe deducir un acuerdo en torno a la ley aplicable, aunque no se haya expuesto de forma explícita, será la ley elegida la que deba regir el contrato<sup>54</sup>. Las diferencias que se detectan en el plano comparado se manifiestan en este punto, en primer lugar, en el grado de certeza que las normas (o los precedentes) exigen al operador jurídico para que este pueda concluir que hay elección tácita.

Así, p.e., mientras para el RRI el acuerdo debe «resultar de manera inequívoca», la ley suiza y la ley de Quebec exigen que se derive «de manera cierta» («de façon certaine»: vid. art. 116 LDHS y art. 3111 CCO); la CM 94 establece que el acuerdo debe desprenderse «de forma evidente» (art. 7.1); el CH 55 y la ley surca<sup>55</sup> obligan a que la elección tácita resulte «indubitablemente»; la CH 78 parece conformarse con «una razonable certidumbre» (art.5.2); mientras, en el Derecho ruso (art. 1210.2 CCFR), así como en los

*on the Law Applicable to Agency*, La Haya/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 206.

(32) Vid., crítico al respecto, B. DUTORT, *op. cit.*, p. 504.

(33) P. HAY, P. J. BORCHERS y S. C. SYMEONIDES, *op. cit.*, pp. 1129-1130.

(34) Vid. M. PENNADÉS FONS, *Elección tácita de ley en los contratos internacionales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.

(35) En la traducción al inglés manejada, el art. 24.1 LDIPDPF exige que se concluya su existencia «without hesitation».

PLH (art. 4) se emplea el término «claramente»<sup>56</sup> y en la *Common Law* se exige que la elección tácita sea «suficientemente cierta»<sup>57</sup>.

Pero aunque el tenor de las disposiciones legales o las decisiones judiciales<sup>58</sup> difiera, lo que todas ellas pretenden es disponer un *plus* de certeza para el aplicador de la norma. La finalidad de cualquiera de esas expresiones es, en efecto, evitar que el operador jurídico deduzca del contrato y/o sus circunstancias una voluntad presunta. Se trata de que la elección sea real (aunque no expresa) y no hipotética<sup>59</sup>. Sólo en los sistemas en los que se entiende que hay razones sólidas para eludir la aplicación de los criterios objetivos dispuestos en la norma aplicable en defecto de elección, dada su inadecuación, se acepta que el operador jurídico determine incluso una intención implícita y presunta<sup>60</sup>. Por tanto, teniendo en cuenta que el objetivo de política legislativa es idéntico, que la práctica de las autoridades sea tan distinta probablemente se deba a otras razones. De hecho, resulta significativo que se haya detectado una interpretación muy diversa entre operadores jurídicos sujetos al mismo instrumento (CR 80), aunque con versiones lingüísticas distintas<sup>61</sup>.

La disparidad que se advierte en la práctica se debería, esencialmente, a las diferencias en los criterios empleados para determinar que las partes eligieron una ley de forma tácita, en un doble sentido. Primero, en lo que respecta a la identificación de esos criterios: mientras algunos sistemas permiten al operador atender tanto a los externos al contrato (el comportamiento de las partes o sus circunstancias) como a los que derivan del propio instrumento negocial (las cláusulas o disposiciones contractua-

(56) Sobre la elección tácita en este instrumento, más ampliamente, vid. J. L. NEERS y E.A. FREDERICKS, «Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts», *De Jur*, 2011, pp. 101-110.

(57) Así p.e., en Hong Kong: *of L.-C. WOLFF, loc. cit.*, p. 468.

(58) En China han sido los tribunales los que han declarado admisible una elección tácita, según interpreta la doctrina, siempre que pueda ser «clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances»: vid. Y. XIAO y W. LONG, *loc. cit.*, p. 198.

(59) Vid., igualmente en el *Restatement (Second)*, P. HAY, P. J. BORCHERS y S. C. SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 1131.

(60) Así en Japón antes de la reforma de 2006: *of Y. NISHITANI, loc. cit.*, pp. 84-85. Como la nueva ley cuenta con una norma de conflicto más adecuada para los casos en que no hay elección, se aboga por una interpretación contenida de la elección tácita, en el sentido indicador, debe ser real, y no hipotética o presunta. *Halden*, p. 85.

(61) La versión inglesa del art. 3 CR 80 parecía exigir una menor certeza (*reasonable certainty*) que la francesa (*de façon certaine*) y la alemana (*mit hinreichender Sicherheit*), y en la práctica los tribunales ingleses se mostraron mucho más flexibles. De ahí que en la formación del CR 80 en RRI se procurase una mayor armonización en las diversas versiones lingüísticas: vid. N. JOUBERT, «Le choix tacite dans les jurisprudences nationales: vers une interprétation uniforme du Règlement Rome I?», S. CARXELIOLY y N. JOUBERT (Dir.), *Le Règlement Communautaire...*, *op. cit.*, pp. 229-252.

les)<sup>62</sup>, otros obligan a ceñirse a lo contenido en el contrato.<sup>63</sup> Y, segundo, también difiere el modo de valorar estos criterios, esto es, la fuerza que se les atribuye. Así, hay elementos, como el idioma empleado en el contrato, el hecho de otorgar un documento ante una autoridad pública, el uso de contratos-modelo, la referencia a preceptos de una determinada ley, el lugar de conclusión de un contrato o de su ejecución, o el pago en una determinada moneda, cuyo peso argumentativo varía para las autoridades de cada Estado, pero en todo caso precisan acompañarse de otros para concluir que ha habido elección tácita de la ley aplicable<sup>64</sup>. Y, sin embargo, uno en particular equivale para algunos tribunales a elección tácita de ley, aunque no concorra ningún otro. Se trata de la existencia, en el contrato, de una cláusula de sumisión: *qui elegit iudicem elegit ius*. P.e., en aplicación del CR 80<sup>65</sup>, de una cláusula atributiva de competencia a los tribunales de un determinado Estado, los jueces ingleses y alemanes deducían de forma inmediata la elección tácita de ley de ese Estado, mientras en Francia, España o Portugal se le daba, a esos efectos, una relevancia mínima<sup>66</sup>.

Para lograr una interpretación más uniforme, el RRI ha introducido un considerando que «aclara» que la sumisión a los tribunales de un EM es un elemento más a valorar junto con otros<sup>67</sup>; con ello, es difícil que la diversidad interpretativa entre los Estados miembros desaparezca, al menos hasta que exista un pronunciamiento claro del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión<sup>68</sup>. De un modo análogo, algunos ordenamientos estatales, como el argentino [art. 2651.1.g) CCCoM], el paraguayo (art. 6 LDACIPAR) y el dominicano (art. 59 LDIPRD), la CM 94 (art. 7.2) y los instrumentos de *soft law* analizados (art. 4 PLH, art. 45 LM OHADAC) afirman expresamente

(62) *Vid. ad ex.*, art. 3 CR 80; art. 3 RRI; art. 7 CM 94; art. 5 CH 78; art. 45.2 IDPALB; art. 38 LDIPMO; art. 2651 CCCoM; art. 25 LCICO; art. 58.1 LDIPRD; art. 25.1 CCIRAK; art. 10 CCIRAN; art. 6 LDACIPAR; art. 1210.2 CCFR; art. 116 LDIPS; art. 24.1 LDIPDPUR. En la *Common Law* inglesa también se atiende a «the terms and nature of the contract (...) and the general circumstances of the case» (cf. *Dacey & Morris*, regla 180, p. 1182). *Vid.*, en relación con el DIPr chino, X. XIAO y W. LONG, *loc. cit.*, p. 198.

(63) *Vid.*, p.e., art. 3111.1 CCQ y art. 2 CH 55.

(64) Sobre todos estos criterios (y otros), *vid.* M. PENADÉS FONTS, *op. cit.*, pp. 110-179; O. LANDO, *loc. cit.*, § 99 y §§ 174-176.

(65) El CR 80 no establecía nada al respecto, pero negaba la máxima *qui elegit iudicem elegit ius* el Informe *Gálkano/Lagarda*, § 3.

(66) Al respecto, M. C. SCHNEER, «Le choix implicite dans les jurisprudences nationales: vers une interprétation uniforme du règlement? L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage», S. CARNELOUP y N. JOUBERT (Dir.), *Le Règlement*, *op. cit.*, pp. 253-283.

(67) *Vid.* considerando 12 RRI, rechazando, con ello, la propuesta de la Comisión de establecer la presunción *qui elegit iudicem elegit ius* (*vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, pp. 66-67).

(68) No solo porque nada explícita acerca de la sumisión a terceros Estados o al arbitraje (y no cabe pensar que con ello quiera expresar que estas no son «factores que deban tenerse en cuenta»), sino también porque en lo que sí quiere regular el considerando resulta tan ambiguo que difícilmente permitirá reducir las diferencias interpretativas. Cf. M. C. SCHNEER, *loc. cit.*, pp. 271-280. También apunta a la necesidad de una interpretación por parte del TJM. PENADÉS FONTS en *op. cit.*, pp. 217-218.

que la designación de un determinado tribunal debe ser valorado como un criterio más. Pero el peso de las cláusulas de sumisión sigue siendo diverso, y no solo se defiende la vigencia de la máxima *qui elegit iudicem elegit ius* en ordenamientos, como los pertenecientes a la familia de *Common Law*, que no cuentan con una norma interpretativa como las señaladas<sup>69</sup>, sino incluso también en la aplicación de esos instrumentos que, al tenerla, cabría pensar que atribuyen a las cláusulas de sumisión un valor similar al del resto de los criterios<sup>70</sup>.

En todo caso, cabe advertir que la discrecionalidad inherente a la determinación de la existencia de elección tácita se ejerce casi siempre de forma leforista; que lo más corriente, cuando un tribunal concluye que las partes han elegido una determinada ley tácitamente es que esa ley sea la *lex fori* (en su caso, debido a que las partes se sometieron a los tribunales del foro)<sup>71</sup>.

8. La amplitud con la que se acoge la autonomía de la voluntad contractual se refleja en el reconocimiento, en primer lugar, de la posibilidad de fraccionar el régimen regulador del contrato, ya sea designando leyes diferentes para distintas partes del mismo contrato (elección múltiple), ya eligiendo una ley para una única parte (elección parcial).

Así, en la *Common Law* inglesa (*Tomkinson v First Pennsylvania Banking and Trust Co* [1961] A.C.1007) se permite que la elección recaiga en una única parte del contrato (p.e., designando solamente la ley aplicable a la forma)<sup>72</sup>; y que el contrato esté sujeto a diferentes leyes, si bien la jurisprudencia que avala esta posibilidad (*Hamblyn & Co V Talister Distillery* [1894] AC 202) no se refiere específicamente a situaciones en las que el fraccionamiento derive de la voluntad de las partes<sup>73</sup>. Otros ordenamientos cuentan con una disposición específica que avala la elección parcial y la elección múltiple, como ocurre en CR 80/RRI (arts. 3.1); CM 94 (art. 7); Albania (art. 45.1 LDIPALB); Argentina (art. 2651 CCCoM); Corea del Sur (art. 25.2 LCICO); EEUU [§ 187 *Restatement (Second)*]; Montenegro (art. 38.2 LDIPMO); Panamá (art. 75 CDIPPA); Paraguay (art. 4 LDACIPAR); Que-

(69) La jurisprudencia inglesa en un primer momento matizó la doctrina inicial (*Tzortzis v Monark Line A/B*), según la cual la sumisión de un contrato sin vínculo ninguno con Inglaterra a arbitraje inglés comportaba la aplicación de la ley inglesa por ser esta la intención de las partes. En *Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v Compagnie d'Armement Maritime S.A.* se afirmó que la cláusula arbitral «debe ser tratada como un indicio a ser considerado junto con el resto del contrato y de los hechos relevantes que lo rodean» (*vid.* *Dacey & Morris*, regla 180, pp. 1182-1183). Sin embargo, posteriormente ha inferido elección tácita de ley de acuerdos de sumisión a arbitraje, incluso en aplicación del CR 80 (*vid.* M. C. SCHNEER, *loc. cit.*, pp. 267-269). Esta línea también se sigue, p.e., en Australia (*vid.* *John Kaldor Fabricators Pty Ltd v Mitchell Colts Freight (Australia) Pty Ltd*, reproducido en M. TRYBURY, G. DAVIS y B. OPEKIN, *op. cit.*, pp. 736-739).

(70) En el marco del RRI y la CM 94 siguen afirmando la vigencia de la máxima «*qui elegit iudicem elegit ius*», p.e., respectivamente, S. LEMITE, en *loc. cit.*, p. 222 y F. JUENGER, en «The Inter-American Convention...», *loc. cit.*, p. 388.

(71) Cf. M. C. SCHNEER, *loc. cit.*, pp. 280-281; M. PENADÉS FONTS, *op. cit.*, pp. 220-221.

(72) P. NYGH, *op. cit.*, p. 129.

(73) *Dacey, Morris & Collins*, p. 1556 y nota 27.

bec (art. 3111.3 CCQ); la República Dominicana (art. 58.2 LDIPRD); Rusia (art. 1210.4 CCFR); Turquía (art. 24.2 LDIPDPTUR); PLH (art. 2.2) y LM OHADAC (art. 45.1). Otros ordenamientos disponen de una cláusula general que se considera aplicable a los contratos, como ocurre en el DIPr japonés<sup>74</sup>, y algunos instrumentos o países carecen de norma expresa, pero cuentan con parámetros del fraccionamiento o jurisprudencia que parece caminar en ese sentido, como ocurre en lo que respecta al CH 78<sup>75</sup> y en Israel<sup>76</sup> y Suiza<sup>77</sup>.

No obstante, la elección múltiple se condiciona a que no ponga en riesgo la coherencia del sistema<sup>78</sup>. De otro modo expuesto, el fraccionamiento se admite en la medida en que recaiga sobre partes separables del contrato<sup>79</sup>. Las leyes designadas no pueden, pues, presentar contradicciones; de ser así, la *lex contractus* se determinará con arreglo a las normas aplicables en defecto de elección<sup>80</sup>.

9. Por otra parte, cabe la posibilidad de que las partes, a través de la mención de una determinada norma como reguladora de una parte concreta del contrato, no efectúen una elección parcial de la ley aplicable al contrato, sino una incorporación por referencia de esa determinada ley al contrato. En tal caso, se considera que esa norma a la que las partes se han referido entra a formar parte de las disposiciones contractuales en ejercicio de la autonomía material, y no como autonomía conflictual<sup>81</sup>. La diferencia resulta relevante cuando esa ley incorporada por referencia ha experimentado algún cambio, esto es, cuando a lo largo de la vida de un contrato se ha modificado la normativa que los contratantes han elegido. Tal normativa se aplicará siempre tal y como se encuentre en el momento en el que tenga lugar tal aplicación si se ha declarado aplicable al contrato a través de la autonomía conflictual. Sin embargo, si esa normativa se hubiese incorporado por referencia, deberá aplicarse tal y como estaba redactada (y se interpretaba y aplicaba) en el momento en que se incorporó al contrato<sup>82</sup>. Las modificaciones posteriores no serán tomadas en cuenta. Este efecto se logra también a través de las cláusulas de elección de ley denominadas *freezing clauses*, si comportan o no ejercicio de la autonomía conflictual es una cuestión debatida<sup>83</sup>. Además, en los sistemas que

(74) Cf. Y. Okuda, *loc. cit.*, p. 148.

(75) Cf. H. L. E. VERHAEGEN, *op. cit.*, pp. 208-209.

(76) Cf. T. ENHORN, *op. cit.*, p. 78.

(77) *Vid.* al respecto B. DUTOIT, *op. cit.*, pp. 499-500.

(78) *Informe Giuliano/Lagarde*, § 17. Para el sistema suizo, *ad ex.* B. DUTOIT, *op. cit.*, p. 500.

(79) *Vid.* en este sentido, *u.gr.* el Comentario al art. 45.1 LM OHADAC.

(80) Más extensamente, M. MANDERY, *op. cit.*, pp. 61-65.

(81) Sobre los antecedentes de la distinción y su relevancia práctica, *vid.* por todos O. LANDO, *loc. cit.*, §§ 25-26.

(82) Así se considera en los sistemas de *Common Law* (*vid.* *Dacey & Morris*, regla 180, p. 1180); *vid.* *Forsikringsaktieselskabet Vesta v. Butcher* [1989] AC 852 I ALL ER 402.

(83) *Vid.* S. LEIBLE, *loc. cit.*, pp. 225-226.

exigen una determinada conexión de la ley designada con el contrato (*vid. infra*, § 11), las incorporaciones por referencia se entienden libres de toda limitación geográfica o sustancial<sup>84</sup>, y cuando un ordenamiento sólo autoriza la elección de ley estatal, la normativa no estatal designada se aplica al contrato como incorporación por referencia (*vid. infra*, § 13).

10. El reconocimiento amplio de la autonomía de la voluntad también se refleja en la generalizada autorización a las partes para realizar y alterar la *electio iuris* en cualquier momento: si bien a este respecto, es igualmente habitual que se establezcan cautelas. Así, en la *Common Law* inglesa la posibilidad de cambio en la ley elegida se somete a (las que prevea) la *lex fori*<sup>85</sup>. En otros ordenamientos, dicho cambio no atecar a los derechos de los terceros (como fiadores, acreedores pignoratícios o beneficiarios de un contrato a favor de tercero)<sup>86</sup> y/o a la validez formal del contrato.

Así lo prevén el art. 3 CR 80 y el art. 3 RRI; la CM 94 (art. 8); los PLH (art. 1.3); la LM OHADAC (art. 45.2); y el DIPr de, entre otros Estados, Albania (art. 45.3 LDIPALB); Argentina (art. 2651.1.a) CCComA; Corea del Sur (art. 25.3 ICLCO); Montenegro (art. 38.3 LDIPRMO); Paraguay (art. 4.3 LDACIPAR); Suiza (art. 116.3 LDPS); Rusia (art. 1210.3 CCFR) y Turquía (art. 24.3 LDIPDPTUR). Aunque no exista solución expresa, así se estima que debe ocurrir también en los sistemas estadounidense<sup>87</sup> e israelí<sup>88</sup>. La inclusión expresa de esta norma se considera oportuna en el Derecho chino<sup>89</sup>. En Japón (art. 9 ERGAJA) la solución difiere en un punto: lo que compete a los terceros es la capacidad de aceptar o rechazar el cambio de la ley aplicable, en el primero de los casos, incluso si resulta perjudicial para sus intereses<sup>90</sup>.

### 3. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

11. Resulta excepcional que la eficacia de la *electio iuris* se condicione en la actualidad a que la ley elegida por las partes tenga algún vínculo con el contrato; si bien, ciertamente, no es una solución del todo desconocida. En su momento fue la norma prevalente: la elección debía ser justificada, en aras de evitar fraudes vinculados a la «evasión» de las normas de foro o de la ley aplicable en defecto de elección (de hecho, en el Derecho estadou-

(84) Así en EEUU, *vid.* P. HAY, P. J. BORCHERS Y S. C. SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 1133; S. C. SYMEONIDES, «Party Autonomy in Rome I and II From a Comparative Perspective», K. BOUTE-WOELKE, T. ENHORN, D. GRISBERGER & S. SYMEONIDES (Eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Eleven International Pub, 2010, pp. 513-550, esp. p. 517.

(85) Según propuesta doctrinal: *c.f.* *Dacey & Morris*, regla 180, p. 1168.

(86) Cf. S. LEIBLE, *loc. cit.*, p. 223.

(87) *Vid.* P. HAY, P. J. BORCHERS Y S. C. SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 1133.

(88) Cf. T. ENHORN, *op. cit.*, p. 95.

(89) Que guarda silencio al respecto: *c.f.* Y. XIAO Y W. LONG, *loc. cit.*, p. 200.

(90) Cf. Y. OKUDA, *loc. cit.*, p. 151.

nidense la *lex causae* sigue siendo de obligada aplicación)<sup>91</sup>. A tal efecto, se exigieron vínculos entre la ley elegida y el contrato<sup>92</sup>.

Y lo siguen haciendo, p.e., el DPr español de fuente estatal (art. 10.5 CCE), el DPr iraní<sup>93</sup> y el Derecho estadounidense (§ 187.2.a *Restatement (Second)*) y § 1-301 UCC<sup>94</sup>.

Posteriormente, se consideró preciso (o suficiente) que existiera «un interés razonable» o un interés legítimo; y a partir de este punto resultó difícil sostener que no concurre un interés razonable o legítimo en aplicar una ley porque esté «desconectada», a pesar de que las partes hayan expresado su voluntad de aplicar dicha ley<sup>95</sup>. En la actualidad, por ello, la idea más extendida es que puede existir un interés perfectamente legítimo, y por ende amparable, en designar una ley que carezca de toda conexión espacial con el contrato<sup>96</sup>, de forma que por lo general se acepta que la ley designada regule el contrato, tenga o no vínculos con él<sup>97</sup>.

Así se ha dispuesto por la jurisprudencia en los ordenamientos que aplican en este punto la *Common Law* inglesa<sup>98</sup>, aunque en ocasiones se haya interpretado que la exigencia de buena fe prevista en el *leading case* impide aceptar la elección de una ley desvinculada<sup>99</sup>. La posibilidad de elección de cualquier ley, conectada o no al contrato, se afirma sin matices en relación

(91) *Vid.* S. C. SYMEONIDES, *loc. cit.*, p. 516-520.

(92) *Vid.* O. LANDO, *loc. cit.*, p. 35 y 36.

(93) *Cf.* S. N. EBRANKINA, *loc. cit.*, p. 436.

(94) La ley elegida según la § 187.1 debe tener una «*substantial relationship to the parties or the transaction*». No obstante, se permite elegir una ley que no la tenga si hay «*reasonable basis*» para tal elección. *Vid.* P. HAY, P. J. BORCHERS Y S. C. SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 1090; S. C. SYMEONIDES, *loc. cit.*, p. 524.

(95) Pone de manifiesto esta evolución P. NYGH, *op. cit.*, pp. 55-60. En Suiza, B. DUTORT, *op. cit.*, p. 497.

(96) Tal interés puede ser, p.e., el de contar con una normativa especialmente desarrollada o especializada para el contrato en concreto (de hecho, esta es la razón para que se elija la ley inglesa como ley rectora de los contratos de seguro marítimo, tal y como apunta J. BLOM, *loc. cit.*, p. 584); o disponer una ley neutral para satisfacer a ambas partes (como, p.e., afirma que es lo habitual en los contratos internacionales de suministro de gas S. LEBLÉ en *loc. cit.*, p. 225); o que coincidan la *lex fori* y la *lex contractus* para eliminar los costes de información y las dificultades de aplicación de un Derecho extranjero.

(97) Una excepción podría darse, p.e., si las partes hubiesen elegido la ley de un Estado que haya colapsado: *cf.* P. NYGH, *op. cit.*, p. 57.

(98) En particular, es en *Vita Foods Inc v Unus Shipping Co Ltd* donde se dispone claramente la posibilidad de elección de una ley no vinculada, siempre que la elección sea «*bona fide and legal and providing there is no reason for avoiding the choice on the ground of public policy*». El precedente se sigue en Canadá (J. BLOM, *loc. cit.*, p. 584) e India, donde el Tribunal Supremo exigió en una ocasión una conexión con el contrato, pero posteriormente acogió expresamente la doctrina *Vita Foods Inc v Unus Shipping Co Ltd* *vid.* A. M. SETALVAD, *op. cit.*, p. 628.

(99) Así, p.e., en Hong Kong: *cf.* L.-C. WOLFF, *loc. cit.*, pp. 468-469.

con el CR 80 y el RRI<sup>100</sup>, el CH 55<sup>101</sup>, el CH 78<sup>102</sup> y la CM 94<sup>103</sup>. La contemplan, además, los PLH (art. 2.4) y la LM OHADAC (art. 45)<sup>104</sup>; y, entre otros ordenamientos estatales, el chino<sup>105</sup>, el iraní<sup>106</sup>, el israelí<sup>107</sup>, el paraguayo (art. 4.4. LDACIPAR), el ruso<sup>108</sup> y el suizo<sup>109</sup>. Las restricciones que se imponen a los contratos meramente internos o que no presentan elementos de inter-estatalidad o internacionalidad (*infra*, § 14), la intervención de las normas imperativas (*infra*, §§ 38-40) y la cláusula de orden público (*infra*, §§ 41 y 42) se consideraran salvaguardas suficientes en la mayor parte de los ordenamientos frente a posibles fraudes en la *electio iuris*<sup>110</sup>.

12. La elección de ley, en cualquier caso, está vedada a los contratos meramente internos o conectados con una única ley, pues se considera que estos contratos han de estar regidos por esa ley a la que se vinculan; que resultaría contrario al principio de igualdad que las partes pudieran sujetarlos a un Derecho distinto<sup>111</sup>. Es esta una limitación generalizada, que se traduce normativamente en expresiones diversas. Algunos sistemas exigen que los contratos presenten «elementos de extranjería»<sup>112</sup>, otros que tengan carácter internacional (art. 1 CM 94 y FEUU)<sup>113</sup>, otros, que comporten «conflictos de leyes» (arts. 1 CR 80/RRJ). La dificultad en cualquiera de estos casos estriba, lógicamente, en determinar qué elementos de extranjería deben concurrir, o cuándo tiene carácter internacional el contrato o cuándo comporta conflictos de leyes la situación.

Por otra parte, algunos sistemas también establecen límites a la *professio iuris* para evitar que la internacionalidad se cree artificialmente por las partes a través de su ejercicio (art. 1 CH 55). Se trata de que las partes no logren eludir la aplicación de las disposiciones contractualmente imperativas de la única ley con la que el contrato está vinculado (o, en su caso, de la ley del foro) en los contratos meramente internos (o que no presentan

(100) H. HEISS, *loc. cit.*, p. 2.

(101) *Cf.* P. NYGH, *op. cit.*, p. 58.

(102) *Cf.* H. L. E. VERHAEGEN, *op. cit.*, p. 199.

(103) *Vid.* L. PEREZINIERO CASTRO Y J. A. SILVA SILVA, *Derecho internacional privado*, 2.<sup>a</sup> ed., México D.F., Oxford Pub., 2009, pp. 106-109.

(104) *Vid. Comentario de la LM* § 315.

(105) *Cf.* Y. XIAO Y W. LONG, *loc. cit.*, p. 197.

(106) *Cf.* H. AL DARBACH, *loc. cit.*, p. 916.

(107) *Cf.* T. EINHORN, *op. cit.*, p. 78.

(108) *Cf.* O. VOROBIEVA, *loc. cit.*, p. 82.

(109) En Suiza, el Tribunal Federal exigió en un primer momento que las partes tuviesen con la ley elegida «vínculos naturales y de importancia» («*des attaches naturelles et de quelque importance*»), pero en la actualidad se conforma con que las partes tengan un interés razonable («*intéret raisonnable*»); *cf.* B. DUTORT, *op. cit.*, p. 497.

(110) P.e., FEUU (P. HAY, P. J. BORCHERS Y S. C. SYMEONIDES, *op. cit.*, pp. 1091-1092) y CH 78 (*cf.* H. L. E. VERHAEGEN, *op. cit.*, p. 199).

(111) *Cf.* C. KOHLER, *loc. cit.*, § 43.

(112) Como en el DPr vietnamita: *cf.* T. H. TRINH NGUZEN, *op. cit.*, pp. 106-109.

(113) *Cf.* P. HAY, P. J. BORCHERS Y S. C. SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 1091. *Vid.* también art.

1.2. PLH y art. 1 LM OHADAC.

otras conexiones que con el foro) a través de la designación de una ley distinta (o extranjera desde el punto de vista del foro) como ley rectora del contrato. Lo que cambia en los ordenamientos que contemplan esta limitación es la manera en que se formula. En unos casos, el criterio parte de la existencia (o no) de vínculos del contrato con más de una ley y ordena aplicar las disposiciones contractualmente imperativas de la ley con la que el contrato está exclusivamente conectado, sea o no la del foro. En otros, la norma adquiere una formulación unilateral, de manera que el tenor literal sólo autorizaría a limitar la elección en los contratos exclusivamente conectados con el foro, en cuyo caso se aplican las disposiciones contractualmente imperativas de la *lex fori*.

*Vid.* un ejemplo de los primeros en CR 80 y RRI (art. 3.3); CH 78<sup>114</sup>, Corea del Sur (art. 25.4 LCLCO; Montenegro (art. 38.4 LDPRMO); Rusia (art. 1210.5 CCFR); Paraguay (art. 2 LDACIPAR) y Quebec (art. 3111.2 CCO). Entre los segundos, Albania (art. 45.4 LDIPALB) y el RRI (art. 3.4) en lo que respecta a contratos únicamente vinculados con EEMM cuando la *lex fori* es institucional<sup>115</sup>. Esta solución también se sigue en países de *Common Law* como India<sup>116</sup>.

13. Otro tipo de restricción a la *electio iuris* es la prevista en algunos ordenamientos con respecto a la posibilidad de designar como *lex contractus* normas no estatales, tales como instrumentos internacionales (que no se declaran de aplicación al caso), la *Sharia*, la *lex mercatoria* o unos determinados principios de Derecho contractual (como los Principios UNIDROIT, los PDCE, los Principios OHADAC, o la CESL). En ellos la elección sólo puede recaer en una ley estatal, y cualquier declaración de las partes referente a la aplicación de normas como las referidas, o de un instrumento internacional, se considera una incorporación por referencia, sujeta a la ley aplicable en defecto de elección<sup>117</sup>.

(114) Que no contiene norma expresa, pero para el que lo propugna H. L. E. VERNAKEN, *op. cit.*, p. 200.

(115) Críticos con esta disposición, introducida en el momento de transformación del CR 80 al RRI, entre otros, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, p. 65 y A. BONOMI, «Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats», F. Cashin-Ritaine y A. Bonomi (Eds.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Zurich, Schulthes, 2008, pp. 217-237, esp. 219-220.

(116) En *Se Se Oil v. Mits Cosakhtam Sokalband* (1962) 64 Bom LR 113 se consideró aplicable la ley india a un contrato celebrado y ejecutado en India que las partes habían sujecido a una ley extranjera con la pretensión de eludir determinadas prohibiciones indias de comercio de frutos secos: A. M. SETALVAD, *op. cit.*, p. 629.

(117) Y, a este respecto, con razón se apunta a que en la práctica la diferencia puede ser insignificante, toda vez que las normas contractualmente imperativas de las leyes nacionales son excepcionales: *vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, p. 67.

Es el caso de los Estados que siguen la *Common Law* inglesa<sup>118</sup>, los vinculados por el CH 55 (art. 2.1); el CR 80 o el RRI (art. 3)<sup>119</sup>; Argentina (art. 2651 CCCoMA) y China<sup>120</sup>.

A pesar de que esta restricción no se conoce en todos los sistemas<sup>121</sup>, son pocos los que permiten que las partes designen un ordenamiento no estatal sin añadir ningún tipo de matiz.

Se afirma, aunque no de forma incontestada, de la CM 94<sup>122</sup>, lo haría, en la medida en que se declara seguidora de esta, la LM OHADAC, así como el Derecho paraguayo (art. 5 LDACIPAR).

Es una solución intermedia la que se propugna ampliamente de *lege ferenda*<sup>123</sup> y la que defiende la doctrina en algunos sistemas que no contemplan una solución clara al respecto<sup>124</sup>, como el suizo<sup>125</sup>, además de la acoplada en los PLH (art. 3). Consiste en diferenciar entre esas posibles normas estatales, a efectos de admitir la elección de una ley no estatal (como *lex contractus*) solo si las partes designan «normas generalmente aceptadas

(118) Así, en India (A. M. SETALVAD, *op. cit.*, pp. 594-595) y (al menos en lo que respecta a la designación de la *lex mercatoria*), en Hong Kong (L. C. WOLFF, *loc. cit.*, p. 470). *Vid.* *Shanti Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd* [2004] 1 WLR 1784.

(119) Sobre la regulación del RRI, *vid. v.gr.*, M. MANDERY, *op. cit.*, pp. 71-73.

(120) En relación con el cual *vid.* Y. XIAO y W. LONG, *loc. cit.*, pp. 196-197.

(121) También las normas arbitrales suelen regular la posibilidad de eludir la aplicación de una ley estatal al contrato. Así, en la LM de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, entre otros. Al respecto, *vid.* G. SAUMER, «Designating the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolutions», *Uniform Law Review*, 2012, pp. 533-547, esp. pp. 538-539.

(122) Que la CM 94 admite la elección de una ley no estatal no es pacífico. *Vid.* un resumen de las interpretaciones (y a favor de la indicada aquí) en J. SAKTIEVENS, «Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», D. P. FERNÁNDEZ ARROYO y N. GONZÁLEZ MARTÍNEZ (Eds.), *Tendencias y relaciones. Derecho Internacional Privado Americano Actual*, México D.F., Porrúa, 2010, pp. 15-27, esp. pp. 22 y 23.

(123) *Ad. ex.* por S. LEIBER, *loc. cit.*, pp. 232-233; G. SAUMER, *loc. cit.*, p. 347. Propone también esta lectura para Hong Kong (L. C. WOLFF, *loc. cit.*, p. 470) para una futura reforma del sistema chino, Y. XIAO y W. LONG, *loc. cit.*, pp. 202-203. *Vid.*, además, una opinión también favorable a la designación de estos Principios como *lex contractus*, con una detallada exposición de ventajas e inconvenientes, MAX PLANCK INSTITUTE FOR FOREIGN PRIVATE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, «Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization», *RabelsZ*, 2004, pp. 1-118, esp. pp. 32 y 33. En la doctrina española, *vid.*, entre otros, J. C. FERNÁNDEZ ROSAS, «*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la computación transnacional», *AEDJ/P*, IV, 2004, pp. 35-78, esp. pp. 76-78; S. SANCHEZ LORENZO, «La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material», *Paris Arles. Otra Homage al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid/Eurolex, 2005, pp. 1765-1786, esp. pp. 1775-1778; P. DE MICHEL ASSUNTO, «Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales», *Dir. com. int.*, 1998, pp. 859-883.

(124) No en todos: p.e., la rechazaban (en defecto, como se decía, de solución clara) para el sistema japonés Y. NISHITANI, *loc. cit.*, p. 87, y para el vietnamita T. H. TRINH NGUYEN, *op. cit.*, p. 105.

(125) B. DUTOIT, *op. cit.*, p. 501

a nivel internacional, supranacional o regional como conjunto equilibrado y neutro de normas», esto es, normas como los Principios UNIDROIT, los PDCE, los Principios OHADAC o la CV 80.

14. Finalmente, interesa indicar que cuando se exige que la ley elegida por las partes se conecte fáctica o geográficamente con el contrato y se aplica la *lex causae* (ley aplicable en defecto de elección) en lugar de la ley elegida si se considera que aquella defiende un interés material superior, no se considera preciso diferenciar entre distintos tipos contractuales: todos los contratos se sujetan a las mismas normas.

Así ocurre en el Derecho estadounidense<sup>128</sup>. Además, hay otros ordenamientos, como el vietnamita<sup>127</sup>, e instrumentos que no diferencian en función del tipo de contrato, pues consideran que las cláusulas sobre disposiciones imperativas del foro y de terceros Estados bastan para remediar cualquier tipo de inconveniente derivado de la aplicación de la ley elegida (art. 6 CH 55 y art. 11 CM 94)<sup>128</sup>.

Pero resulta habitual en el plano comparado, sobre todo cuando la autonomía en principio está poco o nada restringida, que se establezcan salvaguardas para ciertos contratos, que son los contratos de consumo, trabajo y seguro, en los que una de las partes se considera débil o con poca o nula capacidad de negociar, por lo que podría ver impuesta una ley, su-puestamente elegida, que le resulte desfavorable.

Para tales contratos, o se excluye la elección de ley<sup>129</sup> o se prevé una norma especial que, avalando la elección<sup>130</sup>, la condicione en uno de los dos sentidos

(126) Cf. S. C. SYMEONIDES, *loc. cit.*, pp. 516-520.

(127) Cf. T. H. TRINH NGUYEN, *op. cit.*, pp. 116-117.

(128) Cf. F. JÜNGER, «Contract Choice of Law in the Americas», *AJCL*, vol. 45, 1997, pp. 195-208, esp. p. 204. De la práctica estadounidense, no obstante, denuncia una aplicación del orden público inconsistente, que no garantiza a todos los consumidores la protección debida, y propugna la adopción de normas similares a las del RRI. J. J. HEALY, en «Consumer Protection Choice of Law: European Lessons for the United States», *Duke J. Comp. & Int'l L.*, vol. 19, 2008-2009, pp. 535-558.

(129) Para todos estos contratos, los PIH (art. 1). Para los de consumo, los ordenamientos argentino (art. 2655 CCGOMA), paraguayo (art. 1 LDACIPAR) y suizo (art. 130 LDPS). Esta solución también se ha acogido jurisprudencialmente en países que no cuentan con la exclusión expresa, como Israel (T. EINHORN, *op. cit.*, pp. 92-94) y en Estados de *Common Law* como Nueva Zelanda (cf. A. H. ANGELO, *op. cit.*, p. 36); donde sin embargo, desplaza a las normas generales de contratos, disponiendo derechos adicionales para los consumidores: cf. *ibidem*, p. 41. La aplicación de esta normativa, no obstante, no se considera del todo satisfactoria, por lo que se aboga por establecer reglas similares a las dispuestas en el RRI: cf. J. WOO, «Consumer Protection and Mandatory Conflict of Laws Provisions», *Australian University Law Review*, vol. 21, 2015, pp. 142-167. En lo que respecta a los contratos PAR) o el chino (art. 43 LDACH). Para los contratos de seguro, también excluye la elección Quebec (art. 3119 CCOQ).

(130) En la idea de que la *proffessio iuris* permite evitar los costes y la incertidumbre inherentes a la determinación de la ley aplicable en defecto de elección: *vid.* P. NYCH, *op. cit.*, pp. 153-159.

señalados<sup>131</sup>, esto es, para obligar a que la ley elegida tenga necesariamente una determinada vinculación geográfica con el contrato<sup>132</sup> o para dar entrada a la aplicación de otra ley, que podría ser diferente a la elegida. Esta segunda opción, en concreto, basada en el *proximity law approach*<sup>133</sup>, consiste en que la *lex contractus* determinada objetivamente establezca el estándar mínimo de protección, de forma que la aplicación de las normas de la ley elegida no pueda rebajar tal estándar, pero sí sea posible aplicar dicha ley elegida cuando sea más favorable a la parte débil<sup>134</sup>. La norma específica, por tanto, desplaza a la dispuesta para los contratos en general, con arreglo a la cual las disposiciones imperativas de la *lex causae* (aplicable en defecto de elección) son ignoradas cuando las partes ejercitan la autonomía conflictual<sup>135</sup>.

(131) En lo referido a los contratos de consumo en particular, G. RUIH, «La protección de los consumidores en el Derecho internacional privado», *AEDJPr*, t. X, 2010, pp. 91-120, esp. pp. 109-110. Sobre los contratos de trabajo, *vid.* R. M. MOURA RAMOS, *De lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, pp. 793-794.

(132) Pe., la ley china (art. 42 LDACH) somete los contratos de consumo a la ley de la residencia habitual del consumidor, salvo que este opere por la ley del lugar donde se proporcionan los servicios o entregan los bienes (*vid.* Z. HUO, *loc. cit.*, pp. 674-675). Y el RRI en lo que respecta a los contratos de transporte de pasajeros, que, aunque pudieran recaer en la categoría de contratos de consumo a efectos del instrumento, son excluidos por este de forma expresa (*vid.* art. 6.4b) RRI). Para esos contratos el art. 5.2 RRI limita las posibles leyes a elegir (leyes de la residencia habitual del pasajero o la del transportista, la del lugar donde el transportista tiene su administración central o las de los lugares de salida o de destino), de manera que la protección que proporciona a la parte débil, en este caso el pasajero, es sustancialmente inferior a la que otorga a los consumidores de cualquier otro tipo de servicio. Para un análisis de las dificultades de concreción de estas conexiones, *vid.* R. MORSE, «Contracts of Carriage and the Conflict of Laws», B. BOELE-WOLINKI, T. EINHORN, D. GRSBERGER & S. C. SYMEONIDES (Eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kari Sühr*, pp. 463-479, esp. pp. 475 y 476. En materia de contratos de trabajo, Suiza (art. 121.3 LDPS) restringe las leyes que pueden ser objeto de la elección (ley del lugar donde el trabajador tiene su residencia habitual o la ley del lugar en el que el empleador tiene su establecimiento, domicilio o residencia habitual); además, cuando se elige una de estas leyes, la ley del lugar en el que el trabajador realiza habitualmente su trabajo, que es la objetivamente aplicable *ex art.* 121.1 LDPS, establece las normas mínimas protectoras de Derecho público: *vid.* B. DUTTOIT, *op. cit.*, pp. 548 y 549. Para los contratos de seguro, sujetos en el RRI a la normativa específica nativa de la parte débil (al respecto *vid.* U. P. GRUBER, «Insurance Contracts», F. FERRARI Y S. LEIBLE (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, 2009, pp. 109-128, esp. pp. 112 y 113), la limitación de la ley aplicable se realiza a través de un *two-step approach*, en primer lugar, se establecen situaciones para las que la autonomía de la voluntad se restringe a las leyes que dispone el propio RRI, y en segundo término se permite a los Estados miembros que establezcan normas adicionales que amplíen las posibilidades de elección (*ibidem*, p. 118).

(133) Cf. P. NYCH, *op. cit.*, p. 153.

(134) *Vid.* un análisis histórico y de Derecho comparado de esta norma en F. LECLERCQ, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruselas, Bruylant, 1995, pp. 489-494.

(135) *Vid.* C. KOHLER, *op. cit.*, § 87. Para los contratos de consumo, *vid.* art. 5 CR 80; art. 6 RRI (y al respecto, F. RAGGIO, «The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation», F. FERRARI Y S. LEIBLE (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, 2009, pp. 129-170); art. 48 LM OHADAC; en los ordenamientos estatales, Albania (art. 48 LDIPALB); Corea del Sur (art. 27 ICLOCO); Japón (art. 11.1 IRGALJA); Québec (art. 3117 CCOQ); República Dominicana (art. 63 LDIPRD); Rusia (art. 1212 CCFR); Turquía (art. 26.1 LDIPPTUR). Este enfoque es, además,

## II. LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN

### 1. MODELOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN

15. El estudio comparado de la regulación que de la ley aplicable a los contratos internacionales llevan actualmente a cabo los principales sistemas nacionales de DIPr y los instrumentos supranacionales existentes en la materia, permite hablar de la existencia de una tendencia generalizada a recurrir, de cara a la determinación de la ley aplicable a falta de elección de ley por las partes<sup>135</sup>, a soluciones tendentes a asegurar la aplicación al contrato de la ley que presente los vínculos más estrechos, la conexión más estrecha o la relación más significativa con dicho contrato.

Así, por lo que concierne a los sistemas nacionales de DIPr, cabe mencionar, en primer lugar, a los países de *Common Law* que siguen las reglas que en su día sentaron los tribunales ingleses –Canadá, Australia, Nueva Zelanda e India<sup>137</sup>– (*Bonython v. Commonwealth* [1951] AC 201, 219; *Re United Railways of the Haouma and Regla Warehouses Ltd* [1960] Ch 52, 91), y a los Estados que, en EEUU, siguen el planteamiento de la § 188 del *Restatement (Second)*. También son numerosos los países de Derecho civil o con sistemas mixtos que acogen esta solución. Así, en la Europa no comunitaria, Albania (art. 46 LDIPALB); Montenegro (art. 39 LDIPMO); Rusia (art. 1211 CCFR); Serbia (art. 20 LDIPSER) y Suiza (art. 117 LDIPS). En Oriente medio, Israel (*Eprima v. HP Capital Ltd.*, CA (Tel-Aviv) 2385/00, tak District 2002 (2) 6350 (27 de junio de 2002)) y Turquía (art. 24 4 LDIPDPTUR). En Asia, China (art. 41 LADCH); Corea del Sur (art. 26 LCLCO); Japón (art. 8 IRGALJA) y Taiwán (art. 20 2 y 3 LDAT). En América, República Dominicana (arts. 60, párrafo 1 y 61 LDIPRD), Paraguay (art. 11 LDACIPAR) y Quebec (arts. 3112-3115 CCO). Y en África, la República Sudáfricana (*Improvart (Cape) (Pty) Ltd. v. Establissemens Neul* 1983 (2) SA 138 (C), 146H-147A, *Laconian Maritime Enterprises Ltd. v. Agromar Lines Ltd.* 1986 (3) SA 509 (D), 526D-H y 530I; *Ex parte Spinazze and Another* NNO 1985 (3) SA 633 (A), 665H; *Kleinhans v. Parmalat* [2002] 9 BLLR 879 (LC), para. [21]; *Perry v. Astral Operations Ltd.*

el que se propone en Sudáfrica en la aplicación de las normas nitrhas del consumidor en contratos internacionales (M. R. H. De Villiers, «Limitations on party autonomy in the context of cross-border consumer contracts: The South African position», *Journal of South African Law*, 2013, pp. 478-490). En los contratos de trabajo este *approach* se recoge en el CR 80 (art. 6); el RRI [art. 7; al respecto, *vid.* P. MANKOWSKI, «Employments Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation», F. Ferrari y S. Leible (Eds.), *Rome I Regulation*, ICLCO], Japón (art. 12 LRGALJA); Corea del Sur (art. 28 62 LDIPRD); Rusia (*vid.* O. VOROBIEVA, *op. cit.*, p. 92) y Turquía (art. 27 1 LDIPDPTUR), y se postula, en defecto de norma expresa, para Israel (*cf.* T. EINHORN, *op. cit.*, pp. 94-99).

(136) O cuando la elección llevada a cabo no se considere válida. Y en algunos ordenamientos, incluso, para los casos en que la ley designada invalide el contrato (p.e., Quebec art. 3112 CCO).

(137) *Dalhi Cloth and General Mills v. Harman Singh*, AIR 1955 SC 590; *Rabinadra N. Mittal v. Life Insurance Corporation of India*, AIR 1964 Cal 141). *Vid.* V. C. GOVINDARAJ, *The Conflict of Laws in India*, Nueva Delhi, Oxford University Press, 2011, pp. 58-60.

[2005] 10 BLLR 898, para. 40) <sup>138</sup> y Túnez (art. 62 LDIPFUN). También acogen la regla los más modernos instrumentos supranacionales: CH 55 (art. 3); CH 78 (art. 6); CM 94 (art. 9); CR y RRI (art. 4)] y de *soft law* (art. 46 IM OHADAC).

16. No obstante, esta tendencia generalizada tiene sus excepciones, ya que, en determinados sistemas nacionales, la reglamentación conflictual no responde al principio de los vínculos más estrechos. Baste señalar a este respecto el caso de aquellos países cuya legislación nacional o jurisprudencia parece seguir acogiendo el viejo planteamiento –que ya prudentemente parece seguir acogiendo el viejo planteamiento – que ya prudentemente parece seguir acogiendo el viejo planteamiento – consistente en distinguir, a efectos de determinación de la ley aplicable, entre cuestiones suscitadas al tiempo de la celebración del contrato (formación, validez, interpretación) y cuestiones relacionadas con su ejecución (cumplimiento e incumplimiento), sujetando las primeras a la ley del lugar de conclusión del contrato, y las últimas a la ley del lugar de ejecución.

Es esto lo que sucede en Brasil (art. 9 LICCBRA) <sup>139</sup> e Irán <sup>140</sup>, al igual que en los 12 Estados que en EEUU siguen acogiendo en su Derecho conflictual sobre los contratos el «*traditional approach*» del *Restatement (First) of the Law of Conflict of Laws* de 1934<sup>141</sup>. También en esta línea cabe referir aquí la regla de aplicación prevista en el Código de Bustamante (de aplicación en 15 Estados latinoamericanos), donde, una lectura conjunta de su lacónico y poco clarificador art. 164 (que se limita a declarar que «*El concepto y clasificación de las obligaciones se sujetan a la ley territorial*») y del art. 186, permite igualmente hablar de un fraccionamiento de la ley aplicable al contrato, si bien en este caso la intervención de la ley del lugar de conclusión del contrato para regir

(138) Aun cuando la *Supreme Court of Appeal* de este país no ha llegado a rechazar de manera expresa el llamado «*subjective approach*» que aquel adoptara en el asunto *Standard Bank of South Africa Ltd v. Eysoban and Nemanani* 1924 AD 171, y que viene a conminar al juez para que, a falta de elección de ley, busque, tomando en consideración todos los factores relevantes, la intención presunta de las partes respecto de la ley aplicable al contrato, los tribunales inferiores vienen efectivamente mostrando una clara preferencia por el «*objective approach*», y, en concreto, por la aplicación, a falta de elección de ley por las partes, el sistema jurídico que presenta con el contrato la conexión más estrecha y real –«*the closest and most real connection*»–. A favor de este «*objective approach*» se muestra asimismo la doctrina sudáfricana. C. F. FORSYTH, *op. cit.*, pp. 329-330; E. SCHOENMAN, C. ROODT y M. WÉNTJAR-LEMMER, *Private International Law in South Africa*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2014, pp. 53-55.

(139) *Vid.* J. DOLLINGER, *Private International Law in Brazil*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012, pp. 242-245.

(140) S. N. EBRAMIM, *loc. cit.*, p. 438.

(141) La § 325 del *Restatement (First)* sujeta a la *lex loci contractus* la práctica totalidad de las cuestiones suscitadas por los contratos (incluidas la forma y la capacidad contractual de las partes) a excepción solamente de algunas cuestiones de ejecución, sometidas a la ley del lugar de cumplimiento (§ 358). Este es el planteamiento de Alabama, Carolina del Sur, Florida, Georgia, Kansas, Maryland, Nuevo México, Oklahoma, Rhode Island, Tennessee, Virginia y Wyoming, si bien es cierto que algunos de estos Estados siguen la regla con ambivalencia: *vid.* S. C. SYMEONIDES, *American Private International Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 223-225.

cuanto tiene que ver con su celebración se prevé con carácter subsidiario, en defecto de ley personal común de los contratantes.

17. A favor igualmente de una reglamentación rígida de la ley objetivamente aplicable al contrato, pero abandonando la ya referida distinción entre formaciones y efectos del contrato, se pronuncian las legislaciones de otros países, que sujetan las diferentes cuestiones relacionadas con el contrato a una sola ley, cuya determinación llevan a cabo en atención a criterios tales el lugar de celebración del contrato o el lugar de cumplimiento-criterios estos cuyos inconvenientes son de sobra conocidos<sup>142</sup> o recurriendo incluso, con carácter preferente, al domicilio o a la nacionalidad de las partes contratantes.

Así, se acoge el *locus celebrationis* en Argelia (art. 18.1 CCAR) y el *locus executionis* en Cuba (art. 17 CCCU); Perú (art. 2095 CPE); Panamá (arts. 69 y 91-97 CDIPPA); Vietnam (art. 769.1 CCV) y TMDCI 1940 (art. 37). Y recurren con carácter preferente al criterio del domicilio o de la nacionalidad de las partes contratantes la nacionalidad o el domicilio de las partes Egipto (art. 19 CCEG); Irak (art. 25.1 CCIRAK); Jordania (art. 20.1 CQJOR) y Marruecos (art. 13 DCCMA)<sup>143</sup>. Esta reglamentación rígida es asimismo acogida por la jurisprudencia de ciertos países africanos como Nigeria, Kenia o Somalia<sup>144</sup>.

## 2. LA REGLA GENERAL DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS

18. Aunque en Derecho comparado el recurso a la regla de los vínculos más estrechos para la determinación de la ley aplicable a los contratos a falta de elección por las partes resulte preponderante, existen importantes diferencias en la aproximación que a la referida regla llevan a cabo los sistemas que la acogen, siendo este precisamente un punto en el que se ponen de manifiesto las tradicionales diferencias existentes entre los sistemas de Derecho civil y los de *Common Law*. Lo que separa, en efecto, a

(142) El *loci contractus* puede ser un lugar fortuito, sin vínculos sustanciales con el contrato y suscita dificultades de concreción en el caso de los contratos celebrados a distancia. El lugar de cumplimiento raramente presenta carácter fortuito, pero plantea dificultades cuando las partes han de cumplir sus obligaciones en diferentes lugares o las prestaciones de una o de ambas partes se han de llevar a cabo en varios países.

(143) Según las legislaciones egipcia y marroquí, cuando, ante el silencio de las partes, no sea posible inferir de las circunstancias la ley aplicable al contrato, habrá que atender a la ley del domicilio común; en su defecto, a ley de la nacionalidad común y, en su defecto, a ley del lugar de conclusión del contrato. La legislación jordana, sin embargo, sólo prevé la aplicación de la ley del domicilio común y, a falta de este último, de la ley del lugar de conclusión.

(144) A favor, p.e., de la aplicación de la ley del lugar de cumplimiento, cabe referir la decisión nigeriana recaída en el caso *African Continental Bank Ltd. v. Swissair Air Transport Company Ltd.* [1968] 1 A. L. R. (Comm.) 202, 205-06 o la resolución adoptada por las autoridades keniatas en el asunto *Karachi Gas Company Ltd. v. Isazq*, [1965] 1 A. L. R. (Comm.) 35, 47-48. La aplicación de la ley del lugar de celebración constituye en cambio la solución acogida en la decisión recaída en Somalia en el asunto *Adambentechi v. SheikSalim El Amouh*, [1964] 1 A. L. R. (Comm.) 385, 390-91. Vid. R. FRAPPOG ORPONG, *loc. cit.*, p. 683.

estos sistemas es la respuesta a la disyuntiva entre flexibilidad y seguridad jurídica y previsibilidad: mientras que apuestan por esta los sistemas de Derecho civil, los sistemas de *Common Law* propugnan una total flexibilidad en la determinación de la ley objetivamente aplicable al contrato. Pero las diferencias en la configuración de la regla de los vínculos más estrechos resultan también significativas dentro incluso de los propios sistemas de Derecho civil, ya que el método utilizado por estos para garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad del resultado no es el mismo en todos los casos.

Con carácter general, cabe advertir la existencia en el DIPr comparado de tres grandes métodos de aproximación a la regla de los vínculos más estrechos. En el primero se deja al operador jurídico un amplio margen de libertad a la hora de determinar qué ley en concreto presenta los vínculos más estrechos con el contrato (*vid. infra* § 19). En el segundo se procura un mayor equilibrio entre la flexibilidad, por una parte, y la seguridad y previsibilidad por otra; pero, dentro de este modelo, se detectan importantes diferencias en función de la mayor o menor importancia que se atribuye a la flexibilidad frente a la seguridad y previsibilidad, o viceversa: mientras en algunos ordenamientos se prioriza aquélla con el establecimiento de presunciones que ayudan al operador a determinar la ley más vinculada (*vid. infra* § 20), en otros se impone la pretensión de seguridad y previsibilidad, por lo que disponen normas con criterios más rígidos (*vid. infra* § 21). En el tercer modelo la tensión entre flexibilidad y previsibilidad y seguridad jurídica se resuelve a favor de estas últimas: el legislador establece normas de conflicto con puntos de conexión rígidos, aunque inspirados en el principio de proximidad (*vid. infra* § 22).

19. El primer método para la determinación de la ley que presenta con el contrato los vínculos más estrechos consiste en dejar en manos de la autoridad que conozca del asunto tal determinación, que deberá llevar a efecto, caso por caso, en atención a los elementos subjetivos y objetivos del contrato, a la naturaleza de su objeto y las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración<sup>145</sup>. Se trata, así pues, de un método que opta abiertamente por la flexibilidad frente a la seguridad jurídica, al reconocer al juez un amplio margen de discrecionalidad en el cumplimiento de la tarea que le es encomendada.

Es este primer método el que acogen los tribunales en la mayoría de los países de *Common Law* (a excepción de Reino Unido e Irlanda, donde rige el RRI), así como en la India, Israel, Sudáfrica y otros países del con-

(145) La conducta subsiguiente de las partes, por tanto, no debe ser tomada en consideración en orden a la determinación de la ley aplicable, a menos que las partes hayan acordado modificar el contrato original o hayan celebrado un nuevo contrato. En todo caso, como destacan algunos autores, no se trata de un proceso de localización del contrato. El tribunal valora la importancia de los distintos factores relevantes, y cabe que un único factor tenga más peso que otros varios juntos. En otras palabras, el tribunal determina el centro de gravedad del contrato, por lo que su valoración es más cualitativa que cuantitativa. Vid. E. SOHREMAN, C. ROODT y M. WEHTMAR-LEMAER, *op. cit.*, p. 55.

inente africano<sup>146</sup>. Asimismo, constituye el método seguido, dentro de los EEUU, en aquellos Estados que, para la determinación de la ley aplicable a los contratos, acogen planteamientos distintos de los previstos en los *Restatements (First)* y (*Second*)<sup>147</sup>, siendo además el método, que dentro de los EEUU, ha adoptado el único Estado de tradición civilista: Luisiana (art. 3537 CCLU)<sup>148</sup>. Dentro de este primer método resulta igualmente encuadrable el seguido por el *Restatement (Second)*, acogido en 23 de los Estados de EEUU<sup>149</sup>, que parte de sujetar el contrato, a falta de elección de ley por las partes, a la ley del Estado que presente «la relación más significativa» con la transacción y las partes (§ 188.1), que deberá determinarse por el juez en atención a los principios establecidos en la § 6 y tomando en consideración ciertos contactos relevantes [lugar de contratación; lugar de negociación del contrato; lugar de cumplimiento; localización del objeto del contrato

(146) Según la jurisprudencia de tales países, en la investigación para la determinación de la ley reguladora del contrato en los casos en los que las partes no hayan procedido a su elección, son muchos los factores que se han de tomar en consideración. Y si bien se consideran como principales el lugar de celebración del contrato, el lugar de cumplimiento, el lugar de residencia o establecimiento de las partes y la naturaleza del objeto del contrato, se deja en último término a la discreción del juez la determinación de la ley con la cual el contrato presente «*its closest and most real connections*». *Vid. Re United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd* [1960] Ch 52, 91. Respecto a la mayor o menor relevancia reconocida a los factores apuntados en los países de *Common Law* para la determinación de ley aplicable al contrato puede verse P. E. NYGÅ, *Conflict of Laws in Australia*, Butterworths, Sydney, 1995, pp. 299-301. En la India y Sudáfrica si que se puede hablar de una cierta preponderancia del lugar de cumplimiento como factor para la determinación de la *proper law* del contrato (por lo que respecta a la India, *vid. Ramon Chelvar v. Rama Chelvar*, AIR 1954 MAD 97; *Delhi Cloth and General Mills v. Harman Singh*, AIR 1955 SC 590. Y C. GOVINDARAJ, *op. cit.*, p. 6; en relación con Sudáfrica, *vid. E. SCHOEMAN, C. ROODT y M. WÉRTMAR-LÉNEMER, op. cit.*, p. 53). En Israel, las pautas a seguir las marca la ya referida sentencia *Efrima v. HP Capital Ltd*, CA(Tel-Aviv) 2385/00, tak District 2002 (2) 6350 (27 de junio de 2002), si bien es preciso reconocer que la doctrina de este país, consistente de la falta de certeza y previsibilidad que este método conlleva, se manuestra a favor de su abandono y seguir el método europeo, en concreto el acogido en el RRI o en el Derecho suizo (*cf. T. ENTHORN, op. cit.*, pp. 80-84). Sobre la utilización del test de la conexión más estrecha en los países africanos, cabe referir aquí dos decisiones, una de Lesotho y otra Ghana: *Western Credit (Africa) (Proprietary) Ltd v. Nchabela*, [1965] A. L. R. (Comm.) 361, 365 (Lesotho) y *Ackerman v. Société Generale de Compensation* [1972] 3 A. L. R. (Comm.) 329 (Ghana), citadas en R. FRAMPONG OPRONG, *loc. cit.*, p. 683.

(147) En Arkansas, Carolina del Norte, Indiana, Nevada y Puerto Rico se sigue el conocido como «*significant contact approach*»; en Minnesota y Wisconsin, el llamado «*best law approach*» de R. A. Leflar; y otros seis Estados—Hawaii, Dakota del Norte, New Jersey, New York, Massachusetts y Pennsylvania—, además del Distrito de Columbia, acogen una combinación de «*modern approaches*». Sobre tales planteamientos, *vid. S. C. SYMEONIDES, op. cit.*, p. 229.

(148) Este precepto establece como regla general la aplicación de la ley del Estado cuyas políticas se verían más seriamente afectadas de no ser su ley aplicada al asunto, disponiendo que debe ser el juez quien determine dicho Estado evaluando la fuerza y pertinencia de las políticas relevantes de los Estados involucrados a la luz de los factores previstos por el legislador en el referido precepto.

(149) Alaska, Arizona, Colorado, Connecticut, Dakota del Sur, Delaware, Idaho, Illinois, Iowa, Kentucky, Maine, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, New Hampshire, Ohio, Oklahoma, Texas, Utah, Vermont, Washington y Virginia del Oeste. *Vid. S. C. SYMEONIDES, op. cit.*, pp. 112-113.

y domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de constitución (en el caso de las sociedades) o lugar de establecimiento de las partes (§ 188.2), recogidos en una lista que ni es exclusiva ni tiene carácter jerárquico]. Y si bien es cierto que los preceptos subsiguientes (§§ 189-197) contemplan una serie de presunciones para la determinación de la ley aplicable a tipos específicos de contratos (concretamente a nueve), en todos ellos subordina el juego de la presunción acogida al principio de «la relación más significativa», esto es, limitando la operatividad de la ley estatal reclamada por la presunción al hecho de que no exista un Estado distinto presente con el contrato una relación más significativa sobre la base de los principios establecidos en la § 6 del *Restatement*. Así pues, el juez queda obligado en todos los casos (incluso en aquellos en los que resulte de aplicación cualquiera de las presunciones previstas en el *Restatement*) a efectuar un análisis o valoración tendente a determinar el Estado que guarde con el contrato la relación más significativa, análisis que necesariamente deberá llevar a cabo a la luz de los datos de cada caso concreto y en atención a los criterios generales establecidos a tal efecto en dicha § 6.2<sup>150</sup>. Concretamente, de conformidad con este último precepto, la autoridad judicial que conozca de un asunto deberá analizar, en relación con este último, además de las políticas relevantes del foro, las políticas relevantes de otros Estados interesados y los intereses de estos en el caso particular, así como las políticas básicas que subyacen al campo del Derecho del que se trate (de ahí que quepa hablar de un «análisis de intereses»). Igualmente, se consideran factores relevantes para la determinación de la ley aplicable la certeza, la previsibilidad y la uniformidad de resultado, así como la protección de las expectativas justificadas. Lo que es incuestionable es que la autoridad, en el análisis que lleve a cabo para la determinación del Estado con la relación más significativa con el contrato, goza en todos los casos de una amplia discrecionalidad<sup>151</sup>.

Finalmente, hay que destacar que se trata del método por el que se inclina también la CM '94, en cuya redacción la *Common Law* ejerció una indudable influencia<sup>152</sup>. Paradójicamente, los dos únicos países en los que

(150) De hecho, en la práctica, muchos tribunales, cuando se enfrentan a contratos regulados en las §§ 189-197, obvian sin más las presunciones establecidas en los mencionados preceptos y aplican directamente la regla general de la § 188, atendiendo, ya en el marco de esta última, a los principios establecidos en la § 6. Sobre esta práctica, y en sentido crítico, *vid. S. C. SYMEONIDES, The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2006, pp. 120-123; *Id., American Private International Law, op. cit.*, pp. 228-229.

(151) Precisamente en este punto se aleja del *Restatement (Second)* la Ley de Oregon sobre conflicto de leyes en materia de contratos, de 21 de mayo 2001 [ley a la que habitualmente se alude como *Oregon Revised Statute (ORS)* §§ 81.100-81.135 (2001)], que impone al juez la obligación de aplicar la ley reclamada por las presunciones previstas en la § 81.130 salvo en los casos en que la parte que se oponga a ello demuestre que la aplicación de dicha ley resultaría claramente inapropiada a la luz de los principios de la § 81.130, que es el precepto donde se consagra la regla general a favor de la aplicación a los contratos, a falta de elección de ley, de la «ley más apropiada». S. C. SYMEONIDES, «Oregon's Choice-of-Law Codification for Contract Conflicts: An Exegesis», *Villamette Law Review*, 44-2, 2007, pp. 205 y ss.

(152) *Vid.* art. 9 CM '94: «*Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos*». *El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos*». Este artículo

resulta de aplicación, a día de hoy, la Convención, que son, como se indicó *supra*, México y Venezuela, son países de tradición civilista, como también lo son República Dominicana y Paraguay, países estos últimos cuyas recientes legislaciones de DIPr (arts. 60, párrafo I y 61 LDIPRD y art. 11 LDACHPAR) acogen asimismo la solución prevista en la CM 94.

20. El segundo método para determinar la ley objetivamente aplicable al contrato es el que siguen todos aquellos sistemas (fundamentalmente de tradición civilista) que tratan de procurar un equilibrio entre flexibilidad y seguridad jurídica. Dentro de este método, conforme a una primera tendencia, algunos sistemas, tras proclamar la regla general de los vínculos más estrechos, prevén una serie de presunciones destinadas a ayudar a la autoridad que conozca de una reclamación contractual a determinar la ley aplicable a la controversia y a asegurar a las partes contratantes la posibilidad de predecir, al tiempo de la celebración de su contrato, la ley por la que en principio se ha de regir este último.

Así, el CR 80 (art. 4); China (arts. 41 LADCH/5 ITSP 2007)<sup>153</sup>; Corea del Sur (art. 26 LCLCO); Japón (art. 8 LRGAJJA); Oregon (§§ 81.130 y 81.135 ORS); Quebec (arts. 3112-3115 CCO); Suiza (art. 117 LDIPS); Taiwán (art. 20 IDATA) y Turquía (art. 24.4 LDIPDPTUR).

El legislador, está claro, aporta con estas presunciones la necesaria seguridad jurídica. Pero no pierde de vista la necesidad de flexibilidad, que garantiza al atribuir a las presunciones propuestas carácter *iuris tantum*, con lo que deja la puerta abierta a que su aplicación pueda quedar desvirtuada en los supuestos en que, a la luz de las circunstancias del caso, se deduzca claramente que existe otra ley distinta a la reclamada por la presunción que presenta vínculos más estrechos. El carácter *iuris tantum* de las añade—cosa que no hace ninguno de los restantes instrumentos convencionales existentes sobre la materia—el deber de tener en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, deber en el que incide el art. 10, al declarar con carácter general que, junto a la ley estatal aplicable *ex arts. 7 a 9*, «se aplicarán, cuando correspondan, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto».

(153) El art. 41 de la LADCH utiliza una fórmula ciertamente confusa, ya que dispone que «en ausencia de elección por las partes, la ley reguladora será la ley del lugar donde la persona que haya de ejecutar la obligación característica del contrato tenga su residencia habitual o la ley de otro lugar que tenga una relación más estrecha con el contrato». No obstante, el Tribunal Supremo Popular ha dictado unas Disposiciones, de 23 de julio de 2007, sobre ciertas cuestiones concernientes a la aplicación del Derecho en la resolución de casos relativos a controversias sobre contratos civiles o comerciales con elemento extranjero (ITSPCH 2007), vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales del país, en cuyo su art. 5, tras establecer como regla general la de los vínculos más estrechos (apdo. 1.º), prevé a continuación (apdo. 2.º) los factores a tomar en consideración por el juez para la determinación de la ley que presente con el contrato los vínculos más estrechos (naturaliza del contrato en disputa, la obligación característica y otros factores). Sentada la regla general, la ITSPCH 2007, en aras de proporcionar a los jueces una mayor guía, ofrece el listado de presunciones especiales, listado que recoge asimismo el apdo. 2.º del art. 5. A este respecto, y crítico con la jurisprudencia china posterior a la ITSPCHE 2007, *vid. G. Tu, Private International Law in China*, Singapur, Springer, 2016, pp. 82-101.

presunciones se infiere de ordinario del juego conjunto de la regla general de los vínculos más estrechos de la que se parte y de la cláusula (general o especial) de excepción o escape que la mayoría de los sistemas establecen, permitiendo a la autoridad que conozca del asunto escapar de la ley reclamada por la presunción para volver al punto de partida y acabar aplicando la ley de los vínculos más estrechos cuando esta y la ley reclamada por la presunción no coincidan<sup>154</sup>. La regla general de los vínculos más estrechos de la que parten todos estos sistemas se erige en cualquier caso en una especie de receptáculo en el que acaban cayendo todos aquellos contratos en los que no sea posible aplicar las presunciones establecidas, así como también aquéllos otros en los que el juego de estas últimas no conduzca, en atención a las circunstancias objetivas o subjetivas, a la aplicación de la ley más estrechamente vinculada. Pero dentro de las normativas de DIPr incluidas en este primer grupo podemos ciertamente advertir la existencia de importantes diferencias.

La mayoría de estas normativas coinciden en establecer una presunción general basada en el concepto de prestación característica<sup>155</sup>, que dispone la aplicación de la ley del lugar donde se encuentre la residencia habitual (o de tratarlo de un contrato concluido en el ejercicio de una actividad profesional o comercial, el establecimiento principal) del prestador característico

Así, art. 4.2 CR 80; Corea del Sur (art. 26.2. LCLCO); Japón (art. 8.2 LRGAJJA); Quebec (art. 3313 CCO); Suiza (art. 117.2 LDIPS); Turquía (art. 24.4 LDIPDPTUR).

La presunción general se completa por general con una serie de presunciones particulares referidas a categorías concretas de contratos—que varían en los distintos ordenamientos—en los que el recurso al concepto de prestación característica para la determinación de la ley más estrechamente

(154) También hay sistemas, como el japonés, en los que, a falta de cláusula expresa de excepción, el carácter *iuris tantum* de las presunciones se ha de derivar de la regla general de los vínculos más estrechos de la que se parte. Igual se puede decir de Suiza, donde la doctrina infiere tal carácter de la presunción general prevista en el art. 117.2 de la LDIPS exclusivamente de la regla general de los vínculos más estrechos consagrada en el art. 117.1. Y ello por cuanto considera que la cláusula general de excepción establecida en el art. 15 de la citada ley queda reemplazada, en materia contractual, por lo dispuesto en el art. 117.1. *Vid. B. DUTOIT, op. cit.*, p. 391.

(155) Concepto que, es preciso subrayar, ninguna de tales normativas define, pero que, en atención a lo establecido en el *Informe Giuliano/Lagarde*, alude a la prestación del contrato que caracteriza este último y permite diferenciarlo de otros tipos contractuales—en los contratos bilaterales o sinagmáticos que oponen una prestación en naturaleza o no pecuniaría a una prestación pecuniaría, la prestación en naturaleza—. Respecto a la prestación característica en otros contratos, *vid.* la Suiza (país de cuyo DIPr el CR 1980 tomó el concepto de «prestación característica») *ibidem*, pp. 391-392. Esta noción de prestación característica es desconocida en los países de *Common Law*, si bien es cierto que en algunos de ellos se ha recomendado su adopción, como es el caso, p.e., de Australia, donde la *Australian Law Reform Commission* se ha posulado a favor de la adopción de dicho concepto en aras de la uniformidad internacional. *ALRC Report No 58, Choice of Law*, Ch. 8, n. 7, para. 8.48.

te vinculada o no se estima oportuno o se considera que precisa de alguna matización. No obstante, algunos ordenamientos optan por no establecer una presunción general, limitándose sin más a enunciar presunciones específicas respecto a modalidades contractuales concretas (§ 81.135 ORS; art. 5.2.4 ITSPCH 2007<sup>156</sup>). En lo que sí coinciden unas y otras normativas es en sujetar a la regla general de los vínculos más estrechos todas aquellas modalidades contractuales no cubiertas por las presunciones en ellas establecidas, así como en el hecho de acabar reconduciendo a la referida regla todos los supuestos en los que el juego de las presunciones formuladas no conduzca a la aplicación de la ley que presente con el contrato los vínculos más estrechos.

El diseño que de la presunción general llevan a cabo los diferentes sistemas que la contemplan permite ciertamente hablar de la existencia de una significativa diferencia entre los mismos. Unos se limitan a establecer sin más la presunción general, dejando en manos de la autoridad que en cada caso conozca de la controversia la tarea de identificar, en orden a la determinación del Derecho aplicable, la prestación que, en el contrato de que se trate, constituya la prestación característica [CR 80 (art. 4.2); Japón (art. 8.2 LRGAJJA); Quebec (art. 3113 CCO); Turquía (art. 24.4 LDIPDPTUR)]. Otros, en cambio, acompañan la presunción general de una serie de reglas específicas destinadas a facilitar a la autoridad interviniente la identificación de la que, en determinados contratos o categorías contractuales, constituye la prestación característica [Corea del Sur (art. 26.2 LCLCO); Suiza (art. 117.3 LDIPS)].

El distinto carácter con el que en estos últimos sistemas se configuran los listados de contratos o categorías contractuales ofrecidos para la determinación de la prestación característica supone igualmente otro elemento diferenciador entre sistemas. En unos, efectivamente, la lista de contratos o de categorías contractuales ofrecida no presenta carácter exhaustivo (Suiza), mientras que en otros sí que lo tiene (Corea del Sur). Y esta circunstancia, como es obvio, incidirá en la forma de actuar de las autoridades de tales países en los supuestos en que se vean en la necesidad de determinar la ley aplicable a una modalidad contractual no incluida en los referidos listados. Las autoridades de aquellos países en los que el listado ofrecido no es exhaustivo se verán en la obligación de empezar planteándose la posible existencia en el contrato de una prestación característica. De existir tal prestación, deberán aquellas determinar la ley aplicable sobre la base de dicha prestación. Y solo en el caso de que quede descartada la existencia de una prestación característica, quedará abierto el recurso a la regla general de los vínculos más estrechos. No sucederá, sin embargo, lo mismo en los países en los que el listado de contratos ofrecido sí presenta carácter exhaustivo. En estos, las autoridades, cuando constaten que el contrato al que se refiera la reclamación que ante las mismas se suscita no figura entre los contratos o modalidades contractuales recogidos en la lista, deberán recurrir directamente a la regla general de los vínculos más estrechos, sin quedar vinculadas por la presunción general construida sobre la base del concepto de prestación característica.

(156) *Vid.* G. Tu, *op. cit.*, p. 101.

Finalmente, conviene también destacar el distinto alcance que en los sistemas de este primer grupo se atribuye al carácter *invis tantum* de la presunción: mientras unos sólo admiten la posibilidad de que la presunción establecida se vea destruida a instancia de parte interesada, mediante la aportación por esta de la prueba de los hechos que justifiquen que la presunción queda descartada aplicando la regla de los vínculos más estrechos (p.e., Suiza<sup>157</sup>), otros parecen permitir que aquella quede sin efecto tanto a instancia de parte como de oficio, si el juez advierte que existe una ley distinta a la reclamada por la presunción, que presenta con el contrato vínculos más estrechos

Así, p.e., CR 80 (art. 4.5); Corea del Sur (arts. 8 y 26.1 LCLCO); Quebec (art. 3112 CCO); Turquía (art. 24.4 LDIPDPTUR).

21. El segundo planteamiento sobre la regla de los vínculos más estrechos dentro de los sistemas que procuran un equilibrio entre seguridad jurídica y flexibilidad es el que llevan a cabo aquellos sistemas en los que el legislador apuesta por proporcionar a las partes una mayor dosis de seguridad jurídica. En estos sistemas el legislador no establece la regla de los vínculos más estrechos como regla general de partida, sino que comienza ofreciendo un conjunto de reglas de conflicto específicas para la regulación de las principales modalidades contractuales; reglas en las que, no hay duda, es el principio de los vínculos más estrechos el que guía al legislador en la selección del criterio de conexión, ya que el legislador considera en abstracto que es el que conduce a la aplicación de la ley más estrechamente vinculada con el contrato. Esta relación de reglas de conflicto particulares se ve completada con una regla de conflicto general, llamada a ser utilizada en la determinación de la ley aplicable a todas aquellas modalidades contractuales no cubiertas por las reglas particulares, así como a aquellas otras que presentan elementos pertenecientes a varios de los contratos regulados en las reglas particulares. Y también en esta regla de conflicto general el criterio de conexión acogido es el que, a juicio del legislador, conduce a la aplicación de la ley más estrechamente vinculada con el contrato: el lugar de residencia habitual o de establecimiento principal de la parte que en el contrato de que se trate realice la prestación característica.

La regla general de los vínculos más estrechos se contempla en último lugar, presentándose, además de como criterio de conexión de cierre, de aplicación a todos aquellos contratos en los no sea posible determinar una prestación característica, bajo la fórmula de cláusula de excepción, brindando al juez la posibilidad de escapar de la ley reclamada por las reglas de conflicto cuando, del conjunto de circunstancias se desprenda claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con ley de otro país, introduciendo así el necesario elemento de flexibilidad en la determinación de la ley aplicable a los contratos sometidos a las reglas de conflicto (particulares o general) establecidas.

(157) B. DUTOIT, *op. cit.*, p. 391.

La aproximación expuesta es la que siguen los países de la UE (salvo Dinamarca), *ex art. 4 RRI*. Asimismo, lo acogen legislaciones de DIPr que han tomado el RRI como modelos, como Albania (art. 46 LDIPALB), Montenegro (art. 39 LDIPMO) y Rusia (art. 1211 CGFR), siendo además la aproximación por la que se inclina la LM OHADAC (art. 46). Dentro de esta segunda aproximación a la regla de los vínculos más estrechos, pese a la existencia de importantes elementos diferenciadores respecto del modelo expuesto, cabría igualmente encuadrar el tratamiento que de la referida regla lleva a cabo el legislador argentino en su nuevo Código Civil y Comercial. El legislador argentino comienza estableciendo una norma de conflicto general, en la que acoge como criterio de conexión el que, a su juicio, conduce a la aplicación de la ley más vinculada con el contrato, como es el lugar de cumplimiento de este último (art. 2652.1 CCComA); y completa dicha regla con una serie de precisiones para los casos en que el lugar de cumplimiento no esté designado o no resulte de la naturaleza de la relación (art. 2652.2 CCComA). Concretamente, dispone que, de darse tal situación, habrá que entender como lugar de cumplimiento el del domicilio del deudor de la prestación más característica del contrato; y de no poder determinarse por este medio el lugar de cumplimiento del contrato, habrá que aplicar a este último la ley del lugar de celebración. Además, para el caso en que haya que atender a este último criterio, tratándose de un contrato entre ausentes, establece que la perfección de este último se regirá por la ley del lugar del que haya partido la oferta aceptada (art. 2652.3 CCComA). Hasta aquí en poco difiere el planteamiento seguido por el legislador argentino del que siguen los legisladores de aquellos países que, para la determinación objetiva de la ley aplicable, recurren a reglas de conflicto rígidas al margen del criterio de los vínculos más estrechos. Sin embargo, el legislador argentino introduce un innegable elemento de flexibilidad: la cláusula de escape del art. 2653 del CCComA, que deja abierta la puerta a que, frente a la ley reclamada por el art. 2652, acabe siendo aplicada la ley que, en atención a los elementos objetivos y subjetivos del contrato, presente con este último los vínculos más estrechos<sup>69</sup>.

(158) También acoge este planteamiento el CH 86. Este, efectivamente, comienza su art. 8 disponiendo que los contratos de compraventa, a falta de elección de ley, se regirán por la ley del Estado en el cual tenga su establecimiento el vendedor en el momento de la celebración del contrato (apdo. 1.º), señalando a continuación que será la ley del Estado donde el comprador tenga su establecimiento al tiempo del contrato la que resulte aplicable cuando: a) se hayan celebrado negociaciones y el contrato haya sido concertado por las partes estando estas presentes en dicho Estado; b) en el contrato se prevea expresamente que el vendedor deberá cumplir su obligación de entregar las mercaderías en dicho Estado, o c) el comprador haya sido concertado sobre la base de condiciones establecidas fundamentalmente por el comprador y de una invitación formulada por este a diversas personas para la presentación de ofertas (licitación) (apdo. 2.º). El art. 8.3 recoge la cláusula de excepción o de escape, que deja la puerta abierta a que, a título excepcional, la ley designada por las reglas anteriores no resulte aplicada cuando, a la luz de las circunstancias en su conjunto, quepa considerar que el contrato presenta vinculaciones manifiestamente más estrechas con una ley distinta. Aunque en este Convenio la aplicación de la cláusula de escape sea susceptible de reserva (art. 21.1 b), resulta incontestable que es el principio de los vínculos más estrechos el principio inspirador. *Vid.*, apoyando esta lectura, art. 14.1 CH 86.

(159) Existen significativas diferencias entre la cláusula de excepción prevista por el legislador argentino y la establecida en el RRI y en los sistemas que tienen en este su modelo, diferencias que permiten ciertamente hablar de un distinto grado de flexibilidad de los

Expuestos los dos primeros métodos o modelos de aproximación a la regla de los vínculos más estrechos, y antes de pasar a la exposición del tercer y último, se ha de poner de relieve un elemento que los dos referidos métodos tienen en común: ambos dejan la puerta abierta a que un contrato en el que las partes no hayan hecho uso de la libertad de elección de ley, sobre la base precisamente del criterio de los vínculos más estrechos, pueda quedar sometido a varias leyes diferentes (fraccionamiento o *dépéçage* involuntario de la ley aplicable), que es lo que puede llegar a acontecer en aquellos casos en que en un contrato existan partes independientes o separables del resto y aquéllas presenten vínculos más estrechos con otro país diferente. Tal posibilidad, que debe en todo caso ser admitida de forma excepcional, se halla expresamente reconocida en algunas legislaciones nacionales e instrumentos convencionales

Pe., CR 80 (art. 4.1); CM 94 (art. 9.3); República Dominicana (art. 61, párrafo I LDIPRD).

22. El tercer y último método de aproximación a la regla de los vínculos más estrechos es el que siguen aquellos sistemas que optan abiertamente por la seguridad jurídica y la previsibilidad en el resultado, rechazando cualquier tipo de discrecionalidad por parte del juez en la determinación de la ley aplicable al contrato. El legislador, en estos sistemas, establece reglas de conflicto absolutamente rígidas, sin ningún elemento de flexibilidad, aunque el principio que guía al legislador en la selección del criterio o criterios de conexión acogidos en tales reglas es el de los vínculos más estrechos. El legislador parte de ordinario de un criterio de conexión general, cuya elección lleva precisamente a cabo por entender que, en abstracto, conduce a la aplicación de la ley más vinculada con el contrato. Dicho criterio, por lo general, gira en torno a la que en el contrato resulta ser la prestación característica, y, en concreto, al lugar donde la parte que asume dicha prestación tiene su residencia habitual o su establecimiento. No obstante, junto a este criterio de conexión general, el legislador contempla asimismo una serie de excepciones a su juego, que devienen operativas en los supuestos en que, por producirse la concurrencia de un conjunto de factores en un lugar distinto al designado por el criterio de conexión general, el legislador (que no así el juez) entiende que es la ley de dicho lugar la que presenta con el contrato los vínculos más estrechos, y no la reclamada por el criterio general; y en las ocasiones en que la diferencia deriva de una concreta modalidad contractual para la que el legislador, sobre la base

referidos sistemas en la determinación de la ley objetivamente aplicable. Ambas cláusulas de escape insisten en el carácter excepcional de su aplicación, pero mientras la cláusula prevista en el art. 2653 del CCComA prevé su puesta en práctica solo «a pedido de parte», dejando además su aplicación a discreción del juez («el juez está facultado para disponer la aplicación del Derecho del Estado con el cual la relación jurídica presenta los vínculos más estrechos»), en el RRI la aplicación de la cláusula y, por ende, de la ley más estrechamente vinculada con el contrato, es obligatoria para el juez, quien deberá darle efecto a instancia de parte o de oficio. El grado de flexibilidad del sistema argentino resulta, por tanto, menor que el del sistema del RRI.

del principio de los vínculos más estrechos, acoge un criterio de conexión diferente al general.

Constituye este último el método seguido en el CH 55 (art. 3), el CH 78 (art. 6) y aquellos ordenamientos que, aunque afirman la aplicación de la ley de la residencia habitual o el establecimiento del prestador característico (acogiendo el principio de los vínculos más estrechos), no contemplan ninguna vía de escape de la ley reclamada por el mencionado o los mencionados criterios, como Túnez (art. 62 CDIPTUN)<sup>168</sup> y Serbia (art. 20 LDPSER).

### 3. REGLAS ESPECIALES PARA LOS CONTRATOS SOBRE DERECHOS REALES INMOBILIARIOS O ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES

23. Efectuada la exposición de los principales métodos de aproximación a la regla de los vínculos más estrechos en Derecho comparado, resulta imprescindible destacar aquí la regulación especial que, con carácter general, los diferentes sistemas de DIPr (incluidos aquellos que optan por una regulación rígida, ajena al principio de los vínculos más estrechos, de la ley aplicable a las obligaciones contractuales) vienen ofreciendo de una categoría concreta de contratos, como es la de los contratos tienen por objeto un derecho real inmobiliario o el uso de un inmueble<sup>161</sup>.

En todos los sistemas, sea cual sea la solución que se acoja de cara a la determinación de ley objetivamente aplicable a los contratos, se propone una regulación diferenciada para esta categoría contractual, por lo general sujeta a la ley del lugar de situación del inmueble. Pero existen significativas diferencias en la regulación que de estos contratos llevan a cabo los diferentes sistemas.

24. En un primer grupo de ordenamientos, los que acogen la regla de los vínculos más estrechos con un planteamiento de total flexibilidad o mixto, el recurso a la aplicación de la *lex rei sitae* lleva a cabo por lo general bajo la forma de presunción *iuris tantum* o de regla de conflicto directa,

(160) El legislador tunecino, no obstante, somete los contratos relativos a la explotación de inmuebles a la ley del lugar de situación del inmueble (art. 63 CDIPTUN).

(161) Otra modalidad contractual que en un número importante de sistemas de DIPr es objeto de una regulación diferenciada, bien bajo la fórmula de presunción o regla de conflicto directa susceptible de quedar exceptuada, o bien como regla de conflicto sin excepción posible, es la de las ventas celebradas en bolsa o en pública subasta. Para las que los referidos sistemas acogen la misma solución: la aplicación de la ley del lugar donde se encuentra el mercado bursátil o donde se celebra la subasta pública. Esta solución, además, dependiendo del sistema, se acoge, bien como solución subsidiaria, a falta de elección de ley por las partes, o bien como solución única, al no venir admitida la autonomía conflictual [*vid.*, Pe, China (art. 5.2 (14 y 15) ITSPCH 2007); Quebec (art. 3115 CCO); Rusia (art. 1211 CCFR); RRI (art. 4.1 g) y h)]. Los llamados contratos con parte débil, como son los contratos de consumo, de trabajo y de seguro también reciben, por lo general, una atención específica, pero tales contratos (sin perjuicio de lo antes expuesto en relación con la autonomía de la voluntad) quedan al margen de nuestro objeto de estudio, circunscrito a los contratos comerciales internacionales.

susceptible de quedar desvirtuada por el juego de la cláusula de escape o de la regla general de los vínculos más estrechos, que puede además intervenir en defecto de elección de ley por las partes.

Es el caso de CR 80 (art. 4.3); RRI (art. 4.1 c); China (art. 5.2 (4) ITSPCH 2007); Corea del Sur (art. 26.3 LCICO); Japón (art. 8.3 LRGADJA); Quebec (art. 3114 CCO –referido solo a la venta de bienes inmuebles–); Suiza (art. 119 LDPS); Taiwán (art. 20.3 IDATA); LM OHADAC (art. 46.1 iv).

Pero también hay ordenamientos que optan por ofrecer para este tipo de contratos una regulación totalmente ajena a los principios inspiradores de la reglamentación general de los contratos, al no admitir la posibilidad de que la aplicación de la *lex rei sitae* se pueda ver desvirtuada por el juego de los vínculos más estrechos, excluyendo incluso la posibilidad de que las partes puedan elegir la ley aplicable.

Así, en México (art. 13.III CCME); Rusia (art. 1213 CCFR) y Turquía (art. 25 LDIPDPTUR).

25. En los sistemas que optan por una regulación rígida de los contratos, responde o no esta última al criterio de los vínculos más estrechos, la aplicación de la *lex rei sitae* no admite ninguna excepción, ni siquiera por la vía de permitir a las partes la elección de la ley aplicable.

Es el caso de Argelia (art. 18.2 CCAR); Cuba (art. 14.1 CCOU); Egipto (art. 19.2 CCEG); Irak (art. 25.2 CCRAR); Jordania (art. 20 CCJOR); Serbia (art. 21 LDPSER); Túnez (art. 63 CDIPTUN) –aunque esta legislación sí que admite el juego de la autonomía conflictual– y Vietnam (art. 769.2 CCVI).

### III. ÁMBITO DE LA LEY REGULADORA DEL CONTRATO

26. Superada, como se ha visto (salvo concretas excepciones), la distinción entre conclusión y ejecución del contrato en orden a la determinación de la ley que a este último resulta aplicable, cabe hablar de una tendencia generalizada entre los sistemas de DIPr a sujetar a la *lex contractus* la totalidad de las cuestiones de naturaleza sustantiva relacionadas con el contrato. Los sistemas nacionales de DIPr que de manera expresa se refieren a la cuestión del ámbito de la ley aplicable al contrato, al igual que los instrumentos supranacionales y de *soft law* existentes sobre la materia, que a la regulación de este punto dedican un precepto, coinciden en recoger una relación (meramente ilustrativa y en ningún caso exhaustiva) de cuestiones sometidas a la ley reguladora del contrato.

Así, en CR 80 (art. 10); CH 86 (art. 12); CM 94 (art. 14); RRI (art. 12); art. 40 LM OHADAC; TMDCI 1889 (art. 38); TMDCI 1940 (art. 37); Paraguay (art. 13 IDACIPAR); República Dominicana (art. 65 LDIPRD); Rusia (art. 1215 CCFR); Túnez (art. 64 CDIPTUN) y en los países de *Common Law*, se consideraran cuestiones incluidas en el ámbito de la ley reguladora del

contrato: a) la interpretación del contrato<sup>162</sup>; b) los derechos y obligaciones de las partes<sup>163</sup>; c) el cumplimiento de las obligaciones; d) las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de las obligaciones<sup>164</sup>; incluida asimismo (salvo en los países de *Common Law*, que la consideran una cuestión procesal sometida a la ley del foro<sup>165</sup>) la evaluación del daño en la medida en que esta venga gobernada por normas jurídicas; e) los diversos modos de extinción de las obligaciones<sup>166</sup> y f) las consecuencias de la nulidad del contrato<sup>167</sup>. Los instrumentos supranacionales y de *soft law* se refieren asimismo a la prescripción y caducidad de las acciones basadas en la expiración de un plazo entre las cuestiones incluidas en el ámbito de aplicación de la ley reguladora del contrato. Cierro es que es un punto que tradicionalmente ha separado a los países de Derecho civil, partidarios de considerar la prescripción como una cuestión de naturaleza sustantiva, y, por ende, sujeta a la ley reguladora del contrato, de los de *Common Law*, que, al atribuir a la referida cuestión naturaleza procesal, han venido propugnando la aplicación de la ley del foro. Pero también cabe destacar la evolución experimentada a lo largo de los últimos años en estos últimos, que empiezan a tratar la prescripción en los litigios de carácter transnacional como una cuestión sustantiva y, por tanto, sujeta a la *lex contractus*<sup>168</sup>.

(162) En los países de *Common Law*, si bien existe alguna decisión que parece contemplar el recurso a estos efectos a una ley distinta de la *lex contractus* (*Forstbergs A/S Vestia v. Buchter* [1989] 1 AC 852), el planteamiento mayoritario es el de sujetar la interpretación del contrato a lo establecido en su ley reguladora (*Permanent Trustee Co (Camberra) Ltd v. Permanent Trustee Co of NSW Ltd* (1969) 14 FLR 246, 254; *White Cliffs Opal Mines Ltd v. Miller* (1904) 4 SR (NSW) 150; *Ocean Steamship Co v. Queensland State Wheat Board* [1941] 1 KB 402). *Vid.* P. E. NYGH, *Conflict, op. cit.*, pp. 308-309.

(163) En relación con este punto, y en los países de *Common Law*, cabe referir la decisión recitada en el caso *Vita Food Products Inc v. Unus Shipping Co, cit.* *Vid.* P. E. NYGH, *Conflict, op. cit.*, p. 309.

(164) Pese a la existencia de algunas decisiones que, en este punto concreto, aplican la *lex fori* (*Hansen v. Dixon* (1906) 23 TLR 56, 57; *Kremzi v. Ridgway* [1949] 1 All ER 662, 664), bien se puede afirmar que la aplicación a esta cuestión de la ley reguladora del contrato constituye la posición prevalente en los países de *Common Law*. Sirva de ejemplo la decisión del Tribunal Supremo de Canadá en el asunto *Livesley v. Horst* [1925] 1 DLR 159, 161. *Vid.* igualmente *D'Almeida Araújo Lda v. Sir Frederick Becker & Co Ltd* [1953] 2 QB 329 y *Allan J. Panazza & Co Pty Ltd v. Allied Interstate (Q) Pty Ltd* [1976] 2 NSWLR 192. P. E. NYGH, *Conflict, op. cit.*, pp. 312-313.

(165) *D'Almeida Araújo Lda v. Sir Frederick Becker & Co Ltd, cit.*

(166) *Vid.* a este respecto, dentro de los países de *Common Law*, *Mervin Pastoral Co v. Moopa Pastoral Co* (1933) 48 CLR 565; *McClallan v. Trustees Executors & Agency Co* (1936) 35 CLR 483; *Re Helbert Wagg & Co Ltd* [1956] Ch 323. La *lex contractus*, según la jurisprudencia de tales países, rige igualmente la variación de las obligaciones. *Wanganui Kangitikei Electric Power Board v. AMP Soc* (1934) 50 CLR 483; *Gosper v. Sawyer* (1985) 160 CLR 548. P. E. NYGH, *Conflict, op. cit.*, pp. 310-313.

(167) La sujeción de las cuestiones mencionadas a la *propter law* del contrato es asimismo defendida en Sudáfrica (E. SCHOEMAN; C. ROODT y M. WERTMAR-LEWNER, *op. cit.*, pp. 60-62).

(168) A este respecto puede verse *Law Commission of India, 13<sup>rd</sup> Report on Transnational Litigation-Conflict of Laws, Law of Limitation*, junio 2005 (*www.lawcommissionofindia.nic.in/reports/Report193.pdf*).

En las legislaciones nacionales e instrumentos supranacionales y de *soft law* que se refieren al ámbito de aplicación de la ley, la *lex contractus* también rige la existencia y validez sustancial del contrato o de cualquiera de sus estipulaciones, si bien es cierto que para la salvar la dificultad lógica que supone hablar de ley reguladora del contrato hasta en tanto se establece que este se ha perfeccionado y resulta además válido, recurren a la fórmula de sujetar las dos cuestiones referidas (existencia y validez sustancial del contrato o de sus estipulaciones) «a la ley que sería aplicable si el contrato o la estipulación fuesen válidos».

Este planteamiento es el que sigue la jurisprudencia en los países de *Common Law*<sup>169</sup>, así como el presente en CR 80 (art. 8.1); CM 94 (art. 12); RRI (art. 10.1); Corea del Sur (art. 29.1 LCICO); EEUU (§§ 200-202 y 204 *Restatement (Second)*) y art. 35.40 CCLU); Panamá (art. 71 CDIPPA); Paraguay (art. 13.1 e) LDACIPAR); Rusia (art. 121.5 CCFR); Túnez (art. 64 CDIPTU) y Turquía (art. 32.1 LDIPDPTUR).

27. Finalmente, interesa advertir también la coincidencia en contemplar la posibilidad de que cualquiera de las partes, para establecer que no ha dado su consentimiento al contrato, y que, por ende, este no se ha podido perfeccionar, invoque una ley distinta a la *lex contractus* en concreto, la ley del país donde se encuentre su residencia habitual o su establecimiento [CR 80 (art. 8.2); CM 94 (art. 12.2); RRI (art. 10.2); Corea del Sur (art. 29.2 LCICO); Suiza (art. 123 LDIPS); Turquía (art. 32.2 LDIPDPTUR)]. Algunos de tales instrumentos, no obstante, admiten tal invocación solamente si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de la parte según la ley reguladora del contrato (CR 80; RRI)<sup>170</sup>.

#### IV. ASPECTOS CONTRACTUALES OBJETO DE REGULACIÓN DIFERENCIADA

##### 1. CAPACIDAD CONTRACTUAL

28. La mayoría de los sistemas nacionales de DIPr, al igual que los instrumentos supranacionales existentes en materia de ley aplicable a los

(169) Respecto a la aplicación de la *lex contractus* a la formación del contrato cabe referir las decisiones inglesas *Albeo Schuhmaschinen AG v. The Kombioren Shoe Machine Co Ltd* (1961) 111 LJ 519; *T. Harrowth [1982] 2 Lloyd's Rep 351* y *Union Transport plc v. Continental Lines SA* [1992] 1 WLR 15, 25, o la decisión de Nueva Gales del Sur (Australia) en el caso *White Cliffs Opal Mines Ltd v. Miller* (1904) 4 SR (NSW) 150; y en cuanto a la aplicación de la citada ley a la cuestión de la validez sustancial *vid. Machender v. Felita AG* [1967] 2 QB 590. *Vid.* igualmente P. E. NYGH, *Conflict, op. cit.*, pp. 303-304 y 306.

(170) Tal posibilidad, sin embargo, no parece venir admitida en los países de *Common Law* distintos a Reino Unido e Irlanda, que sujetan todo lo relativo a la «*ratihy of consent*» a la «*putative proper law*» del contrato, esto es, a la ley que resultaría aplicable al contrato si este fuera válido. *Vid.* P. E. NYGH, *Conflict, op. cit.*, pp. 305-306. Algunos ordenamientos, además, someten directamente la cuestión del consentimiento de las partes a la ley de su respectivo estatuto personal (tal es el caso, p.e., de Panamá —art. 71 CDIPPA—).

contratos, sujetan determinados aspectos contractuales a una regulación diferenciada. El primero de tales aspectos es el relativo a la capacidad de las partes contratantes y a las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad, aspecto este que los instrumentos supranacionales excluyen de manera expresa de su ámbito de aplicación material [art. 5.1 CH 55; art. 1.2 a) y e) CR 80; art. 5 a) y f) CM 94; art. 1.2 a) y f) RRL], dejando con ello su regulación a lo establecido en las respectivas normativas nacionales de DIPr.

Entre los sistemas nacionales, algunos incluyen esta cuestión entre las sometidas a la ley reguladora del contrato.

Así, los países de *Common Law*<sup>171</sup> y los Estados que en EEUU accogen el «*traditional approach*» del *Restatement (First)*, cuya § 332 incluye la capacidad contractual entre las cuestiones sometidas a la *lex loci contractus*, acogida como ley reguladora del contrato.

Pero la mayoría de los sistemas nacionales de DIPr contemplan la aplicación de una ley diferente: en concreto, tanto para personas físicas como para las jurídicas, la ley personal.

Tal ley personal, en el caso de las personas físicas, es en algunos sistemas la ley nacional [Alemania (art. 7.1 LJGCA); Argelia (art. 10 CCAR); Austria (arts. 8.1 y 12 LDIPAUST); Bélgica (art. 34.1 CDIPBE); Bulgaria (art. 50.1 CDIPBU); Chile (art. 15 CCCHD); Corea del Sur (art. 13 LCICO); Cuba (art. 12.1 CCCC); Ecuador (art. 14 CCECU); Egipto (art. 11.1 CCEG); Eslovaquia (art. 3.1 LDIPESLO); Eslovenia (art. 13.1 LDIPESLN); España (art. 9.1 CCE); Filipinas (art. 15 CCFIL); Francia (art. 3.3 CCF)<sup>172</sup>; Grecia (art. 7 CCGR); Hungría (art. 11 DLDPHU); Irak (art. 18.1 CCRAK); Irán (arts. 6 y 7 CCRAN); Italia (art. 23.1 LDIPIT); Japón (art. 4.1 IRGALJA); Jordania (art. 12.1 CCJOR); Montenegro (art. 14.1 LDIPMO); Países Bajos (art. 10.11 CCBP); Panamá (art. 23 CDIPPA); Polonia (art. 11.1 LDIPPO); Portugal (arts. 23 y 31 CCPOR); Rumanía (art. 2572 CCRU); Rusia (arts. 1195-1197 CCFER); Serbia (art. 14.1 LDIPSER); Taiwán (art. 10.1 LDATA); Túnez (art. 40.1 CDIPTUN); Turquía (art. 9.1 LDIPDPTUR); Vietnam (art. 762.1 CCVN)]. Otros ordenamientos, sin embargo, optan por la ley del domicilio o la residencia habitual de la persona [Argentina (art. 2616 CCComA);

(171) Especialmente significativas resultan las dos siguientes sentencias, una de Ontario (Canadá) y otra del Reino Unido: *Charron v. Montreal Trust Co.* (1959), 15 DLR (2d) 2340 y *The Bodley Head Ltd v. Rigdon* [1972] 1 WLR 680. Por lo que respecta a la doctrina, es este el planteamiento defendido, entre otros, por J. D. FALCONBRIDGE, *Essays on the Conflict of Laws*, 2.ª edic., Toronto, Canada Law Book Company, 1954, pp. 384-385; C. M. SCHMITTHOF, *The English Conflict of Laws*, Londres, Stevens & Sons, 1954, pp. 112-113; P. E. NYGH, *C onflict*, op. cit., pp. 3013-302. Asimismo se trata de la solución acogida en *Dieck, Morris & Collins*, regla 209, pp. 1621 ss., si bien es cierto que este último contempla la posibilidad de atender asimismo a la ley del domicilio o de la residencia como alternativas para favorecer la validez del acto. En Escocia, la aplicación de la *lex loci contractus* en tanto ley reguladora del contrato, es también defendida por A. E. ASTON, *Private International Law*, 2.ª edic., Edimburgo, W. Green, 1990, pp. 276-279, aunque solo para los contratos comerciales, ya que para los contratos no comerciales propugna el recurso a la ley del domicilio.

(172) Norma de redacción unilateral que ha sido bilateralizada por la jurisprudencia. *Vid.* B. AUDIT, *Droit international privé*, 7.ª edic., París, Economica, 2013, p. 596.

Brasil (art. 7 LICCBR); China (art. 11 LDACH); EEUU (§ 198.2 *Restatement (Second)*); México (art. 13.11 CCME); Estonia (art. 12.1 LDIPEST); Lituania (art. 1.16 CCLIT); Perú (art. 2070 CPE); Quebec (art. 3083 CCO); República Checa (art. 29.1 LDIPRCH); República Dominicana (art. 31 LDIPRD); Suiza (art. 35 LDIPS); Venezuela (art. 16 LDIPVE); TMDCI 1889 (art. 1); TMDCI 1940 (art. 1); LM OHADAC (art. 23.1)]. Todos, no obstante, coinciden en afirmar que la capacidad adquirida conforme a la ley personal no se pierde como consecuencia del cambio de nacionalidad o domicilio<sup>173</sup>.

En el caso de las sociedades, la ley personal es la *lex societatis*, si bien varía considerablemente de un sistema a otro lo que se entiende por tal. En unos sistemas se considera como *lex societatis* la ley del lugar de constitución o ley del país con arreglo a la cual la sociedad se haya constituido [Corea del Sur (art. 16 LCICO); Cuba (art. 12.3 CCCC); Eslovenia (art. 17.1 y 2 LDIPESLN); Estonia (arts. 14.1 y 15 LDIPEST); Italia (art. 25 LDIPIT); Lituania (art. 1.19 CCLIT); México (art. 2736.1 CCME); Montenegro (art. 19.1 y 21 LDIPMO); Panamá (art. 24 CPDIP); Perú (art. 2073.1 CPE); Quebec (art. 3083 CCO); Reino Unido<sup>174</sup>; República Checa (art. 30.1 LDIPRCH); Rusia (art. 1202 CCFR); Suiza (art. 154 LDIPS)<sup>175</sup>; Taiwán (art. 13 y 14 LDATA); Venezuela (art. 20 LDIPVE); TMDCI 1889 (art. 4); LM OHADAC (art. 27)]<sup>176</sup>, mientras que en otros tiene tal consideración la ley del país de la sede social [Grecia (art. 10 CCGR); Rumanía (art. 2571 CCRU); Turquía (art. 9.4 LDIPDPTUR); TMDCI 1940 (art. 4); TMDCTI 1940 (art. 8)<sup>177</sup> o la ley del lugar donde se encuentre la sede real administrativa o el establecimiento principal de la sociedad [Alemania<sup>178</sup>; Austria (art. 10 LDIPAUST); Bélgica (arts. 110.1 y 111 CDIPBE); Egipto (art. 11.2 CCEG); Jordania (art.

(173) Y algunos prevén que, cuando la ley aplicable a una relación específica esta-bezca condiciones específicas de capacidad o determine ciertas incapacidades, dicha ley resultará aplicable: Italia (art. 23.1 LDIP); Bélgica (art. 34.2 CDIPBE); Bulgaria (art. 50.1 CDIPBU); Montenegro (art. 14.1 LDIPMO); Polonia (art. 11.3 LDIPPO); República Dominicana (art. 31.1 y III LDIPRD).

(174) *Vid.* a este respecto *Dieck, Morris & Collins*, regla 162, pp. 1345 ss. El autor, no obstante, propugna la aplicación conjunta de la ley del lugar de constitución y de la ley reguladora de la transacción en la que intervinga la sociedad.

(175) No obstante, para el caso en que la sociedad no cumppla las condiciones de publicidad y registros prescritas por la ley conforme a la cual se haya constituido, se prevé la aplicación de la ley del país donde se encuentre su sede real administrativa (art. 154.2).

(176) Algunas de estas legislaciones prevén la aplicación de sus respectivas leyes en los casos en que la persona jurídica de que se trate tenga en tales países la sede real administrativa o el centro principal de explotación [Corea del Sur (art. 16 LCICO); Eslovenia (art. 17.3 LDIPESLN); Estonia (art. 14.2); Italia (art. 25.1 LDIP); Montenegro (art. 19.2 LDIPMO)]. Asimismo, algunas de estas normativas aun partiendo de la aplicación de la ley del Estado bajo la cual se hayan constituido las personas jurídicas sujetan la capacidad, en lo que respecta a las actividades de tales personas, a la ley del lugar donde tales actividades se lleven a cabo (art. 3083 CCO; art. 4 TMDCI 1889).

(177) Los dos Tratados de Montevideo de 1940 prevén que, para el ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto de la sociedad, esta última se sujetará a las prescripciones establecidas por las leyes del Estado en el que tales actos se lleven a cabo.

(178) *Vid.* K. STEIN, *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2001, pp. 308-309.

12.2 CCJOR); Polonia (art. 17 LDIPPO)<sup>179</sup>; Portugal (art. 33.1 CCPOR)]<sup>180</sup>. Otros sistemas atienden a la ley del país de constitución en el que se encuentre además la sede social [España (arts. 9.11 y 28 CCE y 8 Texto refundido Ley de Sociedades de Capital<sup>181</sup>)]; Países Bajos (art. 10:118 CCPB); República Dominicana (arts. 37 y 38 LDIPRD)]. Y en otros se identifica la *lex societatis* con la ley del país del registro [Bulgaria (arts. 56 y 58 CDIPBU); China (art. 14 LDACH); Hungría (art. 18.1 y 2 DLDPHU)]<sup>182</sup>. En cualquier caso, también hay ordenamientos que atienden a lo establecido, no en la *lex societatis*, sino en la ley del lugar donde la sociedad ejerce su actividad [Túnez (art. 40.1 CDIPTUN)].

29. Dentro de los sistemas nacionales, un número importante consagra la que se conoce como «cláusula o excepción de interés nacional», con la que se introduce una excepción al juego de la ley personal como ley rectora de la capacidad.

Así Argelia (art. 10 CCAR); Argentina (art. 2617 CCComA); China (art. 12.2 LDACH); Corea del Sur (art. 15.1 LCLOCO); Irak (art. 18.2 CCRAK); Japón (art. 4.2 LRGAJJA); Jordania (art. 12.1 CCJOR); Montenegro (art. 14.2 LDIPMO); Perú (art. 2070.3 CCPE); República Dominicana (art. 67 LDIPRD); Serbia (art. 14.2 LDIPSER); Taiwán (art. 10.3 LDATA); Túnez (art. 40.2 CDIPTUN); Turquía (art. 9.2 LDIPDPTUR); Vietnam (art. 769.2 CCVI) La cláusula también se dispone en algunos de los instrumentos supranacionales vigentes, pese a la exclusión que llevan a cabo de la capacidad de su ámbito de aplicación material (art. 11 CR 80; art. 13 RRI), e igualmente se recoge en la LM OHADAC (art. 50).

En virtud de la referida excepción, de aplicación únicamente a los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, no será posible que una de las partes contratantes que goce de capacidad conforme a la ley del lugar de celebración invoque su incapacidad resultante de su ley personal, más que en el caso de que, al tiempo de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera

(179) Téngase presente, no obstante, lo dispuesto en el art. 18.1, según el cual si la persona jurídica lleva a cabo el acto en cuestión en el ámbito de su actividad de negocios, será suficiente que su capacidad venga determinada por la ley del país donde se halle situado su establecimiento.

(180) Algunos de estos ordenamientos, no obstante, prevén que cuando la ley extranjera reclame la aplicación de la ley del Estado conforme a la cual se haya llevado a cabo la constitución, esta última resultará aplicable [Belgica (art. 110.2 CDIPBE); Polonia (art. 17.2 LDIPPO)]. Otros ordenamientos, por su parte, disponen que cuando la persona jurídica ejerza en el foro su actividad principal, será la ley del foro la que resulte aplicable [Egipto (art. 11.2 CCEG); Jordania (art. 12.2 CCJOR)].

(181) El legislador español, que en el art. 9.11 CCE somete la cuestión de la capacidad de las personas jurídicas a su ley nacional, se limita a establecer los criterios para decidir cuándo una sociedad es española, pero nada dispone para determinar cuál es la ley nacional de una sociedad no española.

(182) Hay, no obstante, determinados países en los que la cuestión de la ley aplicable a la capacidad contractual constituye una cuestión controvertida y sin resolver, como es el caso, p.e., de Sudáfrica. Sobre los distintos planteamientos existentes en este país respecto a la referida cuestión *vid.* E. SCHÖZMAN, C. KOODT y M. WÉHTMAR-LEWNER, *op. cit.*, pp. 58-60.

ignorado en virtud de negligencia por su parte. En otras palabras, la capacidad de la parte contratante que, en estos supuestos, invoque su incapacidad a la luz de su ley personal, acabará determinándose, no sobre la base de esta última, sino en atención a lo dispuesto en la ley del lugar de celebración. Por lo general, la utilización de esta cláusula queda limitada a los supuestos en que la incapacidad derivada de la ley personal afecte a una persona física, si bien es cierto que existen algunos ordenamientos que extienden también su juego a las personas jurídicas [Rusia (art. 1202.3 CCFR); Túnez (art. 40.2 CDIPTUN)]. Asimismo, algunos ordenamientos excluyen su aplicación en los supuestos en los que el contrato tenga por objeto bienes inmuebles, exclusión que unas veces se lleva a cabo de forma absoluta [Argentina (art. 2617 CCComA)] y otras queda limitada a los casos en que el inmueble se halle situado en un lugar diferente al lugar de celebración del contrato [Corea del Sur (art. 15.2 LCLOCO); Japón (art. 4.3 LRGAJJA); Montenegro (art. 14.3 LDIPMO); Perú (art. 2070.3 CCPE); Taiwán (art. 10.4 LDATA); Turquía (art. 9.2 LDIPDPTUR)].

30. Junto a la vía de escape que, en los sistemas que la acogen, supone el juego de la cláusula de interés nacional para evitar las consecuencias negativas de la aplicación a la capacidad de la ley personal, existe otra posible vía para conseguir ese mismo objetivo, que es el recurso al reenvío, admitido por un gran número de ordenamientos nacionales en relación con la capacidad de las personas físicas

P.e., Alemania (art. 4.1 LICCA); Austria (art. 5 LDPAVUST); Bélgica (art. 34.1 CDIPBE); Bulgaria (art. 40 CDIPBU); Cuba (art. 19 CCCU); Corea del Sur (art. 9 LCLOCO); Eslovaquia (art. 35 LDIPESLO); Eslovenia (art. 6 LDIPESLN); España (art. 12.2 CCE); Estonia (art. 6.1 LDIPEST); Hungría (art. 4 DLDPHU); Italia (art. 13 LDIPIT); Lituania (art. 1.14 CCLIT); Montenegro (art. 4 LDIPMO); Panamá (art. 23 CDIPPA); Polonia (art. 5 LDIPPO); Portugal (arts. 18 CCPOR); República Checa (art. 21 LDIPRCH); Rumanía (art. 2559 CCRU); Taiwán (art. 6 LDATA); Túnez (art. 35 CDIPTUN); Venezuela (art. 4 LDIPVE).

31. Para concluir, conviene también apuntar la utilidad que, a efectos de favorecer la validez de los contratos en lo concerniente a la capacidad de las partes, podría tener la adopción de una regulación como la arbitrada por el legislador de Luisiana, que ofrece criterios de conexión alternativos para la determinación de la ley aplicable a la capacidad de las personas físicas o jurídicas (art. 3539 CCLU). A idéntico *favor negotii* responde igualmente la norma que dedica el legislador venezolano a la ley aplicable a la capacidad (solo de las personas físicas: art. 18 LDIPVE), aunque en esta los criterios de conexión se formulan en cascada, por lo que el juego de la ley reguladora del contenido se limita al caso en que la persona de que se trate resulte incapaz a la luz de la ley de su domicilio.

## 2. FORMA DEL CONTRATO

32. Otro aspecto del contrato para el que los sistemas de DIPr proponen una regulación diferenciada es el relativo a la forma, siendo este, además, un aspecto sobre el que los instrumentos supranacionales existentes, salvo alguna excepción (como es el caso del CH 55, que excluye expresamente la cuestión del ámbito de aplicación del convenio -art. 5.2-), sí que arbitran una regla de conflicto específica. No obstante, es preciso destacar que en el plano comparado se detectan dos planteamientos diversos para el tratamiento de la cuestión: mientras algunos ordenamientos se orientan materialmente a favorecer la validez del contrato, empleando normas de conflicto con conexiones alternativas (*vid. infra* § 33), otros carecen de tal orientación y disponen conexiones únicas (*vid. infra* § 34). También existen, por lo demás, diferencias en las normas específicas que se prevén para los derechos reales inmobiliarios y el arrendamiento de inmuebles (*vid. infra* § 35).

33. La mayor parte de los ordenamientos propugnan una regulación de la forma del contrato basada en el principio de *favor negotii*, a cuyo fin se establecen criterios de conexión alternativos para la determinación de la ley aplicable. Concretamente, los sistemas que acogen este planteamiento predicán la validez de todos aquellos contratos que, desde el punto de vista formal, se adecuan a lo establecido en cualquiera de las leyes cuya aplicación reclaman los criterios de conexión propuestos.

La mayoría de los ordenamientos prevé la aplicación alternativa de la ley reguladora del fondo del contrato (esto es, a la *lex contractus*) y de la ley del lugar donde este se haya celebrado

Así, CR 80 (art. 9); RRI (art. 11); Corea del Sur (art. 17.1 y 2 LICCO); EUU (§§ 141 y 199.2 *Restatement (Second)*); Japón (art. 10.1 y 2 IRGALJA); Montenegro (art. 23 LDIPMO); países de *Common Law* (*Re Dunn; Ex parte Andrew* (1981) 35 ALR 466, 471; *Robtwell Ltd (in liq) v. Connell* 1993) 119 ALR 538, 544; Perú (art. 2094 CPE); Serbia (art. 7 LDIPSER); Sudáfrica (*Ex Parte Spinazze and Another* NNO 1985 (3) SA 650 (A), y en relación concretamente con un contrato comercial, *Grenzburg & another v. Commercial Bank of Namibia Ltd.* [2006] 4 All SA 327 (SCA) *iss.* Taiwán (art. 16 LDATA); Túnez (art. 68.1 CDIPTUN); LM OHADAC (art. 51).

Pero también hay sistemas que contemplan tres, e incluso cuatro criterios de conexión diferentes.

Así, concretamente son tres los criterios acogidos en el CM 94 y en el Derecho dominicano, que, junto a los dos criterios que se acaban de mencionar, prevén asimismo la posibilidad de atender a lo dispuesto en la ley

(183) En la doctrina sudamericana es este el planteamiento defendido por C. F. Forst, *op. cit.*, pp. 341-343 y E. SOBERMAN, C. ROODT y M. WERTMAR-LEDMER, *op. cit.*, pp. 56-57.

del lugar de ejecución (art. 13.1 CM 94; art. 68 LDIPRD)<sup>184</sup>. Y cuatro son los criterios de conexión acogidos por los Derechos de Quebec, Luisiana, Egipto o Jordania, que coinciden en declarar la validez formal de los contratos que se ajusten a lo dispuesto en la *lex loci actus* o en la ley reguladora del contenido, pero que difieren en los criterios de conexión adicionales que proponen<sup>185</sup>.

Algunos de estos sistemas, a fin de salvar las dificultades que la determinación del criterio del lugar de conclusión suscita en los contratos celebrados a distancia<sup>186</sup>, ofrecen una regulación específica para estos, inspirada también en el principio de *favor negotii*, conforme a la cual considerarán válidos en cuanto a forma los contratos que reúnan las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo o de la ley de cualquiera de los países en los que se encontraran las partes al tiempo de contratar.

Así, CR 80 (art. 9.2); LM OHADAC (art. 51.2); Corea del Sur (art. 17.3 LICCO); Japón (art. 10.4 IRGALJA); República Dominicana (art. 68 párrafo 1 LDIPRD); Taiwán (art. 16 LDATA); Túnez (art. 68.2 CDIPTUN). También es el caso del CM 94 (art. 13.2) y del RRI (art. 11.2), si bien en estos los criterios acogidos se ven ampliados con la inclusión del lugar de ejecución, en el primero, y del lugar de residencia de las partes al tiempo de la contratación, en el segundo.

Además, es conveniente destacar que determinados sistemas se refieren incluso al supuesto de que el contrato se celebre a través de representante, señalando que, cuando así ocurra, será el país en el que se encuentre este último (que no la parte representada) en el momento de la contratación el que habrá de ser considerado a los efectos de la determinación de la ley aplicable a la validez formal

(184) También el Derecho ruso, aunque los criterios de conexión acogidos no se presenten con carácter alternativo, sino en cascada, acogiendo el *favor*: el art. 1209 CCFR prevé que, en los supuestos en que la validez formal del contrato no venga garantizada por la *lex contractus*, cabrá atender a lo dispuesto en la *lex loci*, y de no ajustarse tampoco el contrato a lo dispuesto en esta último, cabrá considerar suficiente que el contrato cumpla los requisitos formales de la ley del foro.

(185) La legislación quebequesa ofrece como alternativas a la aplicación de las dos mencionadas leyes el recurso a la ley del domicilio de cualquiera de las partes al tiempo de la contratación o a la ley del lugar de situación del bien objeto del contrato al tiempo de su celebración (art. 3109 CCO). El recurso a la ley del domicilio de las partes es asimismo planteado por los Derechos egipcio y jordano, que, como cuarta alternativa, proponen la aplicación de la ley nacional común (art. 20 CCEG, y art. 21 CQJOR). Finalmente, el Derecho de Luisiana arbitra como alternativas a los primeros criterios la aplicación de la ley del domicilio común de las partes o de la ley del lugar de cumplimiento (art. 3538 CCLU).

(186) Algunos ordenamientos consideran como tal el lugar donde se lleva a cabo el último acto necesario para la formación del contrato, esto es, el lugar donde se emite la aceptación de la oferta, mientras para otros el contrato se perfecciona en el lugar en el que se recibe la aceptación de esta última. Sin embargo, la solución conflictual acogida para dar solución a este punto es común: aplicar la ley del foro (en este sentido, en los países de *Common Law*, *Entores Ltd v. Miles Far East Corpn.* [1955] 2 QB 327; *Mendelson-Zeller Co Inc v. T and C Provitores Pty Ltd* [1981] 1 NSWLR 366, 369. *Vid.* igualmente, en relación con el Derecho ruso, O. VOKROBIEVA, *op. cit.*, pp. 89-90).

Es el caso de CR 80 (art. 9.3); RRI (art. 11.2) y Corea del Sur (art. 17.4 LCICO).

34. En cualquier caso, ciertos ordenamientos, con carácter alternativo, recurren a criterios de conexión distintos a los expuestos. Así, como alternativa a la *lex contractus*, algunos ordenamientos prevén la aplicación de leyes diferentes a la del lugar de conclusión (p.e., el Derecho turco, que prevé la aplicación de la ley del lugar de ejecución —art. 7 LDIPDPTUR—); otros, como alternativa a la *lex loci actus*, proponen la aplicación de una ley distinta a la *lex contractus*.

El Derecho panameño, p.e., sujeta la forma de los actos a la ley elegida a tal efecto por las partes o a la ley del lugar de celebración (arts. 3 y 75 CDIPPA); el Derecho argentino recurre a la ley nacional común de las partes como alternativa a la aplicación de la *lex loci* (art. 19 CCAR); y el Derecho vietnamita prevé la intervención de la ley del foro en aquellos casos en que el contrato no resulte formalmente válido a la luz de lo establecido en la *lex loci actus* (art. 770.1 CCVI).

Dentro de los ordenamientos que propugnan una regulación diferenciada de los aspectos formales del contrato inspirada en el principio de *favor negotii*, algunos de ellos, como Luisiana, tras enunciar los criterios de conexión alternativos a los que cabe atender para decidir la validez formal del contrato, fijan un límite a su juego, disponiendo que, en los casos en que la ley reguladora del contenido exija para su validez una determinada forma o solemnidad, esta forma siempre deberá ser observada (art. 3538.2 CCLU).

35. Junto al planteamiento de los sistemas —como se ha indicado, la mayoría— que propugnan una regulación diferenciada de la forma sobre la base de criterios de conexión alternativos, se sitúa el acogido por aquellos otros sistemas que ofrecen una regulación rígida de la cuestión, al prever la aplicación de una única ley para decidir la validez formal del contrato. Esta puede ser la ley correspondiente al lugar de celebración [Brasil (art. 9.1 LICBR, en relación con el art. 13)<sup>187</sup>; Chile (art. 17 CCCH); Cuba (art. 13.1 CCCU); Ecuador (art. 16 CCECU); Filipinas (art. 17.1 CCFIL); Irak (art. 26 CCIRAK); TMDCI 1940 (art. 36)] o la ley del lugar de cumplimiento [TMDCI 1889 (arts. 32 y 39.2)]. E incluso cabe hablar de algún sistema que se inclina por una regulación aun más rígida, al someter la cuestión de la forma del contrato a la aplicación conjunta de las dos mencionadas leyes [Código Bustamante (art. 180)<sup>188</sup>].

(187) El art. 9.1 LICG, relativo a la forma de los actos, presenta una redacción unilateral e incompleta, por lo que la doctrina recurre al art. 13, referido a la prueba de los hechos, que se remite a la ley del lugar donde acontecen, para concluir que la regla general en cuestión de forma en Derecho Brasileño no es otra que la aplicación de la *lex loci actus*.

(188) Advértese, no obstante, que la doctrina en los países vinculados por este instrumento suele hacer caso omiso a esta regla, que califican de incoherente, y atendiendo a lo establecido respecto a los medios de prueba en los arts. 399 y 402, acaban concluyendo que la regla general de forma del Código Bustamante no es otra que la regla *locus in locis*, p. 250.

36. Mención especial merece en todo caso, como antes se avanzó, la cuestión de la forma de los contratos que tienen por objeto bienes inmuebles, ya que se trata de una cuestión que la mayoría de sistemas de DIPr, o bien someten a una regulación diferenciada de aquella que, con carácter general, establecen respecto a la forma de los contratos, o bien sujetan a la observancia de requisitos adicionales.

Dentro de los sistemas que optan por establecer una regulación diferenciada, los hay que ofrecen como tal una norma de conflicto que, al igual que la general, se halla inspirada por el principio de *favor negotii*, al contemplar la aplicación alternativa de distintas leyes, entre las cuales se encuentran la *lex rei sitae* [tal es el caso, p.e., de Sudáfrica, país donde la doctrina y la jurisprudencia proponen como solución la aplicación alternativa de la *lex rei sitae* y de la *lex loci contractus*<sup>189</sup>]. Sin embargo, también los hay que optan por exceptuar para estos contratos la regla general de forma, imponiendo en su lugar una solución rígida, como es la sujeción de la validez formal de tales contratos a lo establecido en la ley que, en los referidos sistemas, esté llamada a regir los aspectos sustantivos —por lo general, la ley del lugar de situación del inmueble, salvo en aquellos sistemas que, para este tipo de contratos, también reconocen a las partes la libertad de elección de ley— [Corea del Sur (art. 17.5 LCICO); Cuba (art. 14.1 CCCU); Japón (art. 10.5 LRGAJJA); Túnez (art. 63 CDIPTUN) —que admite la libertad de elección—; Vietnam (art. 770.2 CCVI)].

Frente a estos sistemas se encuentran aquellos que, aun cuando mantienen para esta categoría de contratos la aplicación de la regla general de forma, prevén la aplicación de las normas imperativas de la ley del país en el inmueble esté sito, aunque, eso sí, solo de aquellas normas que, a la luz de esta ley, resulten de aplicación independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo rija en cuanto al fondo [CR 80 (art. 9.6); RRI (art. 11.5)].

Finalmente, y en la medida en que se trata de una formalidad que suele exigirse en este tipo de contratos, interesa preciso recordar que la cuestión de la validez formal del contrato no se debe confundir con la relativa a las formalidades del registro, cuando este último venga exigido. Será en todo caso la ley del país del registro la que, además de decidir si un contrato ha de ser o no objeto de registro, fija todo lo que tiene que ver con las formalidades de tal registro (en este sentido, y de manera expresa, art. 16 CM 94 y art. 15 LDACIPAR).

(189) E. SCHOEMAN, C. ROORT y M. WERTMAK-LEMMER, *op. cit.*, pp. 56-57; Ferraz v. D'Inhaca 1904 TH 137; *Hamburg v. Pickard* 1906 TS 1010 (PC); *Foux v. Kuala Fuxer Syndicate* 1912 TPD 547; *Consolidated Estates and Trusts Ltd. v. Turnbull* 1924 TPD 1).

## 3. MODALIDADES DE CUMPLIMIENTO

37. Un último aspecto que los sistemas nacionales y supranacionales de DIPr suelen someter a una regulación diferenciada viene constituido por las denominadas «modalidades o modos de cumplimiento», siendo este un aspecto para el que, por lo general, aquéllos prevén la aplicación o la toma en consideración de lo dispuesto en la ley del lugar de ejecución. La dificultad en todo caso estriba en la precisión de lo que se ha de entender por modalidades de cumplimiento. Está claro que con este término no se alude a las cuestiones de fondo de la ejecución del contrato, como puede ser la cantidad, especie o calidad de las prestaciones contratadas, regidas por la ley reguladora de este último, sino al modo o circunstancias materiales de la ejecución: días hábiles, lugar y procedimiento de entrega de las mercancías, formalidades de consignación, variabilidad y convertibilidad de la moneda de pago. Pero lo cierto es que no siempre es fácil determinar cuándo se está ante una cuestión de fondo relativa a la ejecución y cuándo ante una cuestión de forma o modo, pues hay cuestiones que pueden participar tanto de una naturaleza como de la otra. Así, no hay duda de que el momento y el lugar de entrega constituyen cuestiones de fondo. Pero tampoco lo hay que son asimismo cuestiones de modo, ya que pueden quedar sujetas a las disposiciones administrativas referidas a los días festivos y horas hábiles o a los límites del régimen de un puerto o punto de entrega determinado. E igual se puede decir de la cuestión de la moneda de pago y del régimen de estabilización, pues si bien se trata de una cuestión de fondo, sometida a la ley reguladora del contrato, no cabe desconocer la posibilidad de que en el lugar donde se lleve a cabo la ejecución se conceda al deudor la posibilidad de abonar el precio en la moneda local.<sup>190</sup>

Los sistemas de DIPr, como se ha apuntado, coinciden en sujetar esta cuestión a lo dispuesto en la ley del lugar de ejecución. Sin embargo, la forma en que tal sujeción se lleva a cabo no es la misma en todos los casos. Así, hay sistemas que recurren a fórmulas que permiten contemplar la ley del lugar de ejecución como ley aplicable y como dato puramente fáctico a tomar en consideración, junto a lo previsto en la *lex contractus*.

Pe, los arts. 10.2 CR 80/ 12.2 RRI, en relación con la cuestión de las modalidades de cumplimiento —a las que añaden las medidas a tomar por el acreedor en caso de cumplimiento deficiente— disponen que se «tendrá en cuenta» lo establecido en la ley del lugar de cumplimiento; también art. 9 CH 1978.

Otros, en cambio, someten directamente la cuestión, por considerarla su ley reguladora, a lo dispuesto en la ley del lugar de ejecución.

(190) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 554-555.

CH 55 (art. 4); EEUU (§ 206 *Restatement (Second)*); *Common law (Bosphorus v. Commorwealth* [1951] AC 201, 2192)<sup>191</sup>; Sudáfrica<sup>192</sup>; Turquía (art. 33 LTD-IPDPUR); Tinez (art. 64.2 CDIPTUN).

## V. NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS Y ORDEN PÚBLICO

## 1. INTERVENCIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS

38. Todo ordenamiento jurídico cuenta con normas materiales que, en la medida en que reflejan o protegen intereses sociales, económicos o políticos esenciales para el Estado, pretenden regular cualquier contrato; también los sometidos en principio a leyes extranjeras. Estas normas, denominadas normas internacionalmente imperativas<sup>193</sup>, *lois d'application immédiate*, *Engrijfsnormen*, *internationale mandatory rules*<sup>194</sup>, se imponen de forma expresa o implícita<sup>195</sup> cualquiera que sea el mandato de la norma de conflicto; constituyen, por consiguiente, limitaciones a la autonomía de la voluntad, al aplicarse aunque los contratantes hayan efectuado una *professio*

(191) Advértase que la doctrina de estos países insiste en el hecho de que los jueces no siempre tienen claro lo que por «modo de cumplimiento» se ha de entender, recordando que hay decisiones que sugieren que la expresión «modo de cumplimiento» incluye cuestiones que realmente determinan la medida del cumplimiento, como es el caso de la cuestión relativa a la moneda en que se ha de efectuar el pago (*Aldelaide Electric Supply Co v. Prudential Assurance Co* [1934] AC 122, 145; *Auckland Corp v. Alliance Asses Co* [1937] AC 587, 606) o la de si la responsabilidad contractual se puede medir por referencia al estándar oro (*British and French Trust Corp v. New Brunswick Ry Co* [1937] 4 All ER 516), cuestiones que, como mantiene la doctrina, deben quedar sometidas a la *lex contractus*. P. E. NYGH, *Conflict*, *op. cit.*, pp. 309-310.

(192) E. SCHOEMAN, C. ROODT Y M. WENTMAR-LEMMER, *op. cit.*, p. 60

(193) En contraposición a las normas contractualmente imperativas, que son las que no se pueden derogar por las partes a través del contrato, esto es, en ejercicio de la autonomía material de los contratantes. De este tipo, como ha indicado, son las normas a las que se ha hecho referencia en los epígrafes anteriores, esto es, las declaradas aplicables a las situaciones internas (como, en el RRI, los arts. 3.3 y 3.4) y las que se aplican en los contratos de consumo y los contratos individuales de trabajo (en el RRI, arts. 6 y 7 respectivamente).

(194) Para un análisis terminológico, *vid.* I. KUNDA, *International Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws*, Rijeka, Rijeka Law Faculty, 2007, pp. 19-36.

(195) En efecto, no todas las normas internacionalmente imperativas presentan un ámbito de aplicación extraterritorial claro. En ocasiones es el operador jurídico el que debe determinar tal carácter, atendiendo a su contenido y finalidad. *Vid.*, *v. gr.*, STJUE (sala 5.ª) de 9 de noviembre de 2000, Asunto C-381/98, *Ingvar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc, Rezueli* 2000-I, pp. 9305 y ss., declarando internacionalmente imperativos los arts. 17 y 18 de la Directiva 86/653/CEE relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.

*iuris* favorable a una ley distinta, y se aplican también frente a *lex contractus* determinada en defecto de elección.<sup>196</sup>

39. Es común que se considere que resultan obligatoriamente aplicables las normas internacionalmente imperativas del foro.

Así, cuentan con disposiciones expresas al respecto CR 80 (art. 7.2); RRI (art. 9.2); CM 94 (art. 11.1 CM); CH 78 (art. 16, en la medida en que se refiere a un ordenamiento vinculado); LM OHADAC (art. 69.1); PLH (art. 11.1); Argentina [arts. 2651.e) y 2599.2 CCCoA]; China (art. 4 LDACH); Corea del Sur (art. 7 LICCO); Montenegro (art. 10.1 LDIPMO); Paraguay (art. 17.1 LDACIPAR); Quebec (art. 3076 CCQ); República Dominicana (art. 66 LDIPRD); Suiza (art. 18 LDIPS); Taiwán (art. 7 LDATA); Turquía (art. 6 LDIPDPTUR). Otros sistemas carecen de mención expresa, pero dan por sentada la aplicación de estas normas, como el japonés o el israelí.<sup>197</sup> Y tal aplicación se viene efectuando igualmente en los países de *Common Law*, en defecto de un tratamiento específico, empleando los conceptos de orden público, ilegalidad y validez esencial, o declarando determinadas normas del foro «*overriding status*»; así, en *Gell v. Levy* (1864) 10 CB (NS) 73; *Bossein v. Weil* [1950] 1 All ER 728; *Foster v. Driscoll* [1929] 1 KB 470 (CA); y *Regazzoni v. KC Selia* [1958] AC 301.<sup>198</sup>

También es habitual que se entienda que las normas de la ley rectora del contrato deben aplicarse en su integridad y tengan el carácter que tengan, esto es, aunque sean de Derecho público [expresamente, en este sentido, los ordenamientos surcoreano (art. 6 LICCO) y suizo (art. 13 LDIPS)], de forma que si existen en dicha ley normas internacionalmente imperativa, no hay otra razón para ignorarlas que la posibilidad de que su aplicación resulte contraria al orden público del foro, en virtud de la cláusula general a que se hace referencia *infra*.

Expresamente, sobre la aplicabilidad de las normas imperativas de la *lex contractus*, art. 2599.2 CCCoA.

40. Para el caso en que las normas internacionalmente imperativas que pretenden aplicarse al contrato no sean las del foro ni de la *lex contractus*, esto es, si son normas de terceros Estados, existen dos grandes tendencias. Algunos países son reacios a la aplicación de tales normas, como China<sup>199</sup> y Vietnam<sup>200</sup>. En otros sistemas, sin embargo, se entiende posible, y se prevén disposiciones específicas que coinciden sustancialmente en dos puntos. Primero, en el carácter facultativo de la aplicación de estas normas, frente a la obligatoriedad de aplicar las que dispone la *lex fori*.

(196) K. A. S. SCHÄFER, *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*, Frankfurt, Peter Lang, 2010, p. 24.

(197) Cf. Y. NISHITANI, loc. cit., p. 100 y T. Einhorn, *op. cit.*, pp. 79-80 respectivamente.

(198) Cf. K. A. S. SCHÄFER, *op. cit.*, p. 91;

(199) Y. GAN, «Mandatory Rules in Private International Law in People's Republic of China», *YPII*, vol. 14, 203-2014, pp. 305-321, esp. pp. 319-320.

(200) T. H. TRUEN NGUYEN, *op. cit.*, p. 114.

Es el caso del CR 80 (art. 7.1); RRI (art. 9.1); CM 94 (art. 11.2); CH 78 (art. 16); Argentina (art. 2599.2 CCCoA); Montenegro (art. 10 LDIPMO); Paraguay (art. 17.2 LDACIPAR); República Dominicana (art. 66 LDIPRD); Suiza (art. 19 LDIPS).

Y segundo, en la exigencia de vínculos estrechos entre la ley cuyas disposiciones imperativas pretenden regular el contrato y la situación.

Así, CR 80 (art. 7.1); RRI (art. 9.2—que precisa, en concreto, que ha de ser la ley del lugar de cumplimiento de la obligación, y que con arreglo a esta ley la ejecución debe ser ilegal—); CM 94 (art. 11.2); CH 78 (art. 16); Argentina (art. 2599 CCCoA); Montenegro (art. 10.2 LDIPMO); República Dominicana (art. 66 LDIPRD); Suiza (art. 19 LDIPS). El CR 80, el RRI las normativas montenegrina y suiza exigen además que se tenga «en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación».

## 2. LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

41. Aunque existan normas que reflejan el orden público del foro en su vertiente positiva, las normas internacionalmente imperativas de la *lex fori*, y aunque estas normas resulten de aplicación obligada, ningún ordenamiento prescinde de la salvaguarda del orden público en su vertiente negativa. Así, los sistemas de DIPr en general, y en ocasiones también las normas específicas para contratos internacionales, cuentan con cláusulas que obligan al operador jurídico a inaplicar las leyes extranjeras cuando su aplicación resulte contraria a dicho orden público.

*Vid.* CR 80 (art. 16); RRI (art. 21); CH 55 (art. 6); CH 78 (art. 17); CM 94 (art. 18); PLH (art. 11.3); LM OHADAC (art. 68); Albania (art. 7 LDIPALB); Argentina (art. 2600 CCCoA); Brasil (art. 17 LICBR); China (art. 5 LDACH); Corea del Sur (art. 10 LICCO); Japón (art. 43 IRGALJA); Montenegro (art. 9 LDIPMO); Panamá (art. 77 CDIPPA); Paraguay (art. 17.3 LDACIPAR); Quebec (art. 3081 CCQ); República Dominicana (art. 86 LDIPRD); Rusia (art. 1193 CCFR); Serbia (art. 4 LDIPSER); Suiza (art. 17 LDIPS); Taiwán (art. 8 LDATA); Turquía (art. 5 LDIPDPTUR) y Vietnam (arts. 759.3 y 759.4 CCVI). También conocen la excepción, jurisprudencialmente, los países de *Common Law*<sup>201</sup> y sistemas mixtos como el de Israel.<sup>202</sup>

El orden público es una noción de determinación necesariamente nacional (a lo sumo, de la UE) y aplicación territorial, y por consiguiente varía en cada Estado. No obstante, existe cierto acuerdo en considerar que lo conforman los preceptos básicos (en su caso constitucionales) y las nor-

(201) *Vid.* excepción 2 a la regla 184 (que posula la aplicación de la *proper law of the contract* a la validez del contrato) por motivos de orden público en *Dacey & Morris*, pp. 1295-1292. Ya el *leading case* en materia de autonomía conflictual (*Vita Food*) advierte que la intención de las partes debe ser de buena fe y legal. Otro ejemplo en el que se inaplica la ley extranjera por contravenir el orden público, en *Kuwait Airways Corporation V. Iraqi Airways Company and others* [2002] UKHL 19 15-18.

(202) Al respecto, T. EINHORN, *op. cit.*, pp. 58-59.

mas que pertenecen al núcleo del sistema jurídico, a sus valores y principios fundamentales. Entre ellos se han propuesto, p.e., la protección de la personalidad, la fidelidad contractual (*pacta sunt servanda*), el respeto de la buena fe, la prohibición de abuso del derecho y la prohibición de medidas discriminatorias o expropiatorias<sup>205</sup>; las normas que afectan a la libertad de comercio, la libertad persona o la moralidad sexual<sup>206</sup>. En relación, además, con su contenido, un punto en el que muchos sistemas coinciden es en diferenciar entre orden público interno y orden público internacional, en el entendimiento de que sólo el segundo impide la aplicación de una ley extranjera<sup>205</sup>.

42. En lo que respecta a la aplicación de las cláusulas de orden público, también resulta habitual considerar que tal aplicación debe resultar excepcional<sup>206</sup>, lo cual suele expresarse en las normas con la exigencia de que la contrariedad de la aplicación de la ley extranjera y el orden público sea *manifiesta*.

Así, art. 16 CR 80; art. 18 RRI; art. 18 CM 94; art. 68.1 LM OHADAC; art. 11.3 PLH; Albania (art. 7 LDIPALB); Montenegro (art. 9 LDIPMO); Paraguay (art. 17.3 LDACIPAR); Quebec (art. 3081 CCQ); Rusia (art. 1193 CCFR); Turquía (art. 5 LDIPDPTUR).

Un punto en el que, sin embargo, se detectan diferencias es la exigencia de que la situación presente vínculos con el foro, inexistente en otros sistemas<sup>207</sup>.

Se exige el vínculo, p.e., en *Common Law*<sup>208</sup>, LM OHADAC (art. 68.1); Suiza<sup>209</sup>; República Dominicana (art. 86.I LDIPRD).

Finalmente, también se detectan coincidencias en las consecuencias de la activación de la cláusula de orden público. En primer lugar, porque resulta común considerar que la ley rechazada no debe serlo *in toto*, sino en las disposiciones concretas cuya aplicación resulte contraria al orden público<sup>210</sup>. Si basta con descartar esas normas, será lo que proceda. En segundo

(208) Así lo afirma del sistema suizo B. DURTOT, *op. cit.*, p. 98.

(209) En *Common Law* *vid.* A. H. ANGULO, *op. cit.*, p. 31.

(205) Expresamente, el Código Bustamante; Quebec (art. 3081 CCQ). Se afirma también en Suiza (B. DURTOT, *op. cit.*, p. 98); Israel (T. EINNOK, *op. cit.*, p. 59). En la *Common Law* inglesa, Dicey & Morris, *rule* 184, p. 1228; y en particular en Nueva Zelanda, A. H. ANGULO, *op. cit.*, p. 31.

(206) En defecto de disposición expresa, lo afirma en el sistema serbio M. STANKUKOVIC y M. ZIVKOVIC, «Serbia. Part I. General Principles (Choice of Law Technique)», B. YESCHEREGEN (ed.), *International Encyclopedia of Private International Law*, 2014 (consultada online), § 201.

(207) Expresamente, en Vietnam, T. H. TRINH NGUYEN, *op. cit.*, p. 63.

(208) Dicey & Morris, *regla* 184, p. 1127.

(209) B. DURTOT, *op. cit.*, p. 100.

(210) Así se afirma para Albania (A. GURU BUSNATI, *loc. cit.*, p. 513); Israel (T. EINNOK, *op. cit.*, pp. 58-59); Serbia (M. STANKUKOVIC y M. ZIVKOVIC, *loc. cit.*, § 203); Suiza (B. DURTOT, *op. cit.*, p. 99); Vietnam (T. H. TRINH NGUYEN, *op. cit.*, p. 66). En Taiwan, art. 8 LDATA. En la *Common Law* inglesa, Dicey & Morris, *rule* 184, p. 1127.

término, porque para el caso de que deba determinarse una normativa en sustitución de la ley extranjera, esta suele ser la *lex fori*<sup>211</sup>, aunque son pocos los países que cuentan con una norma expresa a este respecto, como Rusia (art. 1193 CCFR) y Turquía (art. 5 LDIPDPTUR)<sup>212</sup>. Antes del recurso a la *lex fori*, otra opción es declarar aplicables las leyes que derivan de los siguientes criterios de conexión de la norma de conflicto, que es la propuesta por la LM OHADAC (art. 68.3 LM OHADAC) y adoptada por la ley dominicana (art. 86.II LDIPRD).

## VI. CONCLUSIONES

43. La práctica universalidad del principio de la autonomía de la voluntad conflictual comporta una uniformidad casi absoluta en las soluciones de los diversos ordenamientos para determinar cuál es, en primer término, la ley aplicable a un contrato internacional. No sólo se respeta en casi todos los sistemas lo que las partes hayan dispuesto a tal efecto, y con una amplitud muy similar (en lo que respecta a la elección de ley desconectada, al fraccionamiento, la posibilidad de cambio), sino que además resultan en gran parte coincidentes las exigencias y limitaciones que se establecen (internacionalidad del contrato, intervención de las normas imperativas y del orden público). Una posible brecha a este respecto podría ser la referida a la elección de leyes no estatales, pero en realidad la aceptación generalizada al menos de la inclusión en el contrato, como autonomía material, de normas como los principios de Derecho contractual reduce los efectos prácticos de la disparidad entre los sistemas.

44. Las mayores divergencias se detectan en el plano comparado en la regulación prevista para el caso de que las partes no hayan elegido la ley aplicable. Aunque a este respecto existe una tendencia clara a sujetar el contrato a la ley que presente los vínculos más estrechos con el contrato, no sólo existen excepciones (ordenamientos que disponen normas rígidas), sino también diversos métodos para la determinación por parte del operador jurídico de cuál sea esa ley más estrechamente vinculada, que pueden arrojar soluciones muy diversas. Además existen diferencias notables en la regulación de los aspectos contractuales que no se someten necesariamente a la *lex contractus*. Y en particular en lo referido a la capacidad para contratar. No debe extrañar que la mayor disparidad se revele en una cuestión que, salvo en lo relativo a la excepción de interés nacional, no regulan el CR 80 y el RRI; pues, en cualquier caso, y para finalizar, interesa destacar el importante papel que han desempeñado el CR y el RRI en la

(211) En Albania (A. GURU BUSNATI, *loc. cit.*, p. 513); Serbia (M. STANKUKOVIC y M. ZIVKOVIC, *loc. cit.*, § 203); Suiza (B. DURTOT, *op. cit.*, p. 101); Vietnam (T. H. TRINH NGUYEN, *op. cit.*, p. 66) e Israel (T. EINNOK, *op. cit.*, p. 60).

(212) La mencionada excepción 2 a la regla 184 de Dicey & Morris afirma la aplicabilidad de la ley inglesa cuando la *proper law of the contract* es una ley extranjera conlata al orden público inglés (p. 1226).

armonización de las soluciones, más allá de la propia unificación de los sistemas de los EM, en tanto que modelos de normativa de DIPr de contratos, seguidos muy de cerca por numerosos legisladores estatales y convencionales a la hora de modernizar sus sistemas.

## BIBLIOGRAFÍA

- M. M. ALBORNOZ, «Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems», *Journal of Private International Law*, vol. 6, 2010, pp. 23-58. H. AL DABBAGH, «Regards critiques sur les règles de conflit de lois en droit international privé irakien», *RIDC*, 2006, pp. 885-924. A. H. ANGELO, *Private International Law in New Zealand*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012. A. E. ANTON, *Private International Law*, 2.ª edic., W. Green, Edimburgo, 1990. B. AUDRY, *Droit international privé*, 7.ª edic., Paris, Economica, 2013. J. BLOM, «Contracts», en M. Baer et al., *Private International Law in Common Law Canada*, Toronto, Emond Montgomery Publications Ltd., 1997, pp. 541-609. A. BONOMI, «Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats», E. Cashin-Ritaine y A. Bonomi (Eds.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Zurich, Schulhess, 2008, pp. 217-237. J. DE BURLET, *Précis de droit international privé congolais*, Bruselas, Larcier, 1971. J. C. CASTEL y J. WALKER, *Castel & Walker Canadian Conflict of Laws*, vol. II, 6.ª ed., Ontario/Vancouver, Butterworths, 2005. L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 2, 11.ª ed., Londres, Stevens & Sons Limited, 1987. *Id.*, *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, vol. 2, 14.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2006. J. L. R. DAVIS, *Casebook on the Conflict of Laws in Australia*, Sydney/Melbourne/Brisbane, Butterworths, 1971. J. DOLINGER, *Private International Law in Brazil*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012. B. DURROT, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5.ª ed., Basilea, Helbing Lichtenhahn, 2016. S. N. ЕВРАНИМ, «An Overview of the Private International Law of Iran (Part Two)», *YPII*, vol. 12, 2011, pp. 413-441. T. ENHORN, *Private International Law in Israel*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012. J. D. FALCONBRIDGE, *Essays on the Conflict of Laws*, 2.ª ed., Toronto, Canada Law Book Company, 1954. J. C. FERNANDEZ ROSAS, «Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional», *AEDIP*, t. IV, 2004, pp. 35-78. C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991. R. FRIMPONG OPONG, «Private International Law in Africa: the Past, Present and Future», *AJCL*, vol. 55, 2007, pp. 677-719. C. F. FORSYTH, *Private International Law: The Modern Roman-Dutch Law including the Jurisdiction of the High Courts*, 5.ª ed., Ciudad del Cabo, Juta, 2012. F. GAMILLSCHEG, «Labour contracts», *IECL*, Vol. III (Capítulo 28), Tübingen, Mohr Siebeck, 2011. Y. GAN, «Mandatory Rules in Private International Law in People's Republic of China», *YPII*, vol. 14, 203-2014, pp. 305-321. F. J. GARCIMARTÍN ALBEREZ, «The

- Rome I Regulation: Much ado about nothing?», *European Legal Forum*, 2008-2, pp. 61-120. V. C. GOVINDARAJ, *The Conflict of Laws in India*, Oxford University Press, Nueva Delhi, 2011. U. P. GRUBER, «Insurance Contracts», F. Ferrari y S. Leible (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, 2009, pp. 109-128. G. TU, *Private International Law in China*, Singapur, Springer, 2016. A. GUCU BUSHATI, «The Albanian Private International Law of 2011», *YPII*, vol. 15, 2013-2014, pp. 509-528. P. HAY, P. J. BORCHERS y S. C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 5.ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 2010. J. J. HEALY, «Consumer Protection Choice of Law: European Lessons for the United States», *Duke J. Comp. & Int'l L.*, vol. 19, 2008-2009, pp. 535-558. J.-M. JACQUET, «La théorie de l'autonomie de la volonté», S. CARNELOUP y N. JOUBERT (Dir.), *Le Règlement Communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, pp. 1-15. N. JOUBERT, «Le choix tacite dans les jurisprudences nationales: vers une interprétation uniforme du Règlement Rome I?», S. CARNELOUP y N. JOUBERT (Dir.), *Le Règlement Communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, pp. 229-252. F. JUNGNER, «The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons», *AJCL*, vol. 42, 1994, pp. 381-393. *Id.* «Contract Choice of Law in the Americas», *AJCL*, vol. 45, 1997, pp. 195-208. J. KIGGUNDU, *Private International Law in Botswana. Cases and Materials*, Gaborone, Associated Printers, 1995. M. KOSTIC-MANDIC, «The new Private International Law Act of Montenegro», *YPII*, vol. 16, 2014-2015, pp. 429-439. I. KUNDA, *International Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws*, Rijeka, Rijeka Law Faculty, 2007. O. LANDO, «Contracts», *IECL*, Vol. III (Capítulo 24), Tübingen, Mohr Siebeck, 2011. F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflits de lois)*, Bruselas, Bruylant, 1995. S. LEIBLE, «La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2001, pp. 214-233. A. LEÓN, «Reforma del sistema chileno de Derecho internacional privado», J. KLEINHEISTERKAMP y G. A. LORENZO IDIARTE (Coords.), *Autonomías del Derecho Internacional Privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtberber*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 178-189. M. MANDERY, *Party Autonomy in Contractual and Non-Contractual Obligations*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2014. P. MANKOWSKI, «Employments Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation», F. FERRARI y S. LEIBLE (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, 2009, pp. 171-216. MAX PLANCK INSTITUTE FOR FOREIGN PRIVATE AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, «Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization», *Rabeksz*, 2004, pp. 1-118. P. DE MIGUEL ASENSIO, «Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales», *Dir. com. int.*, 1998, pp. 859-883. R. MORSE, «Contracts of Carriage and the Conflict of Laws», B. BOELE-WOELKI, T. ENHORN, D. GIRSBERGER & S. C. SYMEONIDES (Eds.),

*Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, pp. 463-479. R. M. MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990. J. L. NEELS y E.A. FREDERICKS, «Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts», *De Jure*, 2011, pp. 101-110. P.A. NIELSEN, «The Rome I Regulation and Contracts of Carriage», F. FERRARI y S. LEIBLE (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, 2009, pp. 99-108. Y. NISHITANI, «Party Autonomy and its Restrictions by Mandatory Rules in Japanese Private International Law: Contractual Conflicts Rules», J. BASEDOW, H. BAUM y Y. NISHITANI (Eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 77-103. P. E. NYGH, *Conflict of Laws in Australia*, Butterworths, Sydney, 1995. *Id.*, *Autonomy in Japanese Private International Law*, Clarendon Press, 1999. Y. OKUDA, «Reform of Japan's Private International Law», *YPII*, vol. 8, 2006, pp. 145-167. I. O. OMORUYI, *Theory and Practice of International Commercial Litigation. Aspects of Private International Law*, Benin City, Ambik Press, 2000. P. OREGUNDO PRIETO DE LOS MOZOS, «El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHA-DAC de DIPr», *AEDIP*, t. XIII, 2013, pp. 681-697. J. OVEDO ALBÁN, «La Ley aplicable a los contratos internacionales», *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 2012, pp. 117-157. M. PENADÉS FONS, *Elección tácita de ley en los contratos internacionales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002. I. PEREZINERO CASTRO y J. A. SILVA SILVA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2.ª ed., México D.F., Oxford, 2009. F. RAGNO, «The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation», F. FERRARI y S. LEIBLE (Eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, 2009, pp. 129-170. L. RAVILLON, «La recherche de la sécurité juridique: la stipulation quasi systématique d'une clause de choix de la loi applicable», S. CARNELOUP y N. JOUBERT (Dirts.), *Le Règlement Commanditaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, pp. 67-95. O. REMIEN, «Tourism, Conflict of Laws and the Rome I Regulation», B. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GRSBERGER & S. C. SYMEONIDES (Eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, pp. 497-511. G. RYHÄ, «La protección de los consumidores en el Derecho internacional privado», *AEDIP*, t. X, 2010, pp. 91-120. J. SAMTIEBEN, «Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», D.P. FERNÁNDEZ ARROYO y N. GONZÁLEZ MARTÍN (Eds.), *Tendencias y relaciones. Derecho Internacional Privado Americano Actual*, México D.F., Porrúa, 2010, pp. 15-27. S. SÁNCHEZ LORENZO, «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional», *REDI*, vol. LXI, 2009, pp. 39-74. *Id.*, «La función de las técnicas conciliativas en los procesos de unificación del Derecho privado material», *Pais Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid/Eurolex, 2005, pp. 1765-1786. G. SAUMER, «Designating the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution», *Uniform Law Review*, 2012, pp. 533-547. K. A. S. SCHÄFER, *Application of Mandatory Rules in the Private*

*International Law of Contracts*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2010. M. C. SCHERER, «Le choix implicite dans les jurisprudences nationales: vers une interprétation uniforme du règlement? L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage», S. CARNELOUP y N. JOUBERT (Dirts.), *Le Règlement Commanditaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Paris, Léciré, 2011, pp. 253-283. A. M. SETALVAD, *Conflict of Laws*, Nueva Delhi, LexisNexis Butterworths, 2007. C. M. SCHMITTHOFF, *The English Conflict of Laws*, Londres, Stevens & Sons, 1954. E. SCHOEMAN, C. ROODT y M. WEHTMAR-LEMMER, *Private International Law in South Africa*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2014. K. SIEHR, *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2001. S. C. SYMEONIDES, *American Private International Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008. *Id.*, *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2006. *Id.*, «Party Autonomy in Rome I and II From a Comparative Perspective», K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GRSBERGER & S. C. SYMEONIDES (Eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Eleven International Publishing, 2010, pp. 513-550. *Id.*, «Oregon's Choice-of-Law Codification for Contract Conflicts: An Exegesis», *Villanotte Law Review*, 44-2, 2007, pp. 205 y ss. M. STANIVUKOVIC y M. ZIVKOVIC, «Serbia. Part I. General Principles (Choice of Law Technique)», B. VESCHRAEGEN (Ed.), *International Encyclopedia of Private International Law*, 2014 (consultada online). I. STRENGER, *Diretto internazionale privato*, 6.ª ed., Sao Paulo, LTr, 2005. A. M. TER, *Private International Law in the Sudan. Cases and Materials*, Jarum, 1981. M. THURBURY, G. DAVIS y B. OPESKIN, *Conflict of Laws in Australia*, Melbourne, Oxford University Press, 2002. T. H. TRINH NGUYEN, *Private International Law in Vietnam*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016. E. TYAN, *Précis de droit international privé*, Beirut, Ed. Librairies Antoine, 1966. H. L. E. VERHAEGEN, *Agency in Private International Law. The Hague Convention on the Law Applicable to Agency*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995. M. R. H. DE VILLIERS, Limitations on party autonomy in the context of cross-border consumer contracts: The South African position», *Journal of South African Law*, 2013, pp. 478-490. O. VOROBIEVA, *Private International Law in Russia*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015. R. WEEB y J. L. R. DAVIS, *A Casebook on the Conflict of Laws of New Zealand*, Wellington, Butterworths, 1970. I.-C. WOLFF, «Hong Kong's Conflict of Contract Laws: *Quo Vadis?*», *Journal of Private International Law*, vol. 6, 2010, pp. 465-498. J. WOO, «Consumer Protection and Mandatory Conflict of Laws Provisions», *Auckland University Law Review*, vol. 21, 2015, pp. 142-167. Y. XIAO y W. LONG, «Contractual Party Autonomy in Chinese Private International Law», *YPII*, vol. 11, 2009, pp. 193-209.