

## **La Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)**

***Effectiveness Treatment of police laws of third countries.  
(Regarding the judgment of the CJEU of October 18, 2016)***

**LUIS FRANCISCO CARRILLO POZO**

Profesor de Derecho Internacional Privado,  
Universidad de Gerona

DOI: <https://doi.org/10.36151/MDIPR.2017.001>

Bitácora Millennium, N° 5 (enero-junio 2017)

Zaragoza, junio 2017

### **Abstract**

El TJUE responde a la cuestión de la relevancia de las leyes de policía de Estados distintos al del foro y al del lugar de ejecución de las obligaciones, admitiendo su toma en consideración como dato dentro de la *lex causae*.

*The CJEU answers to the question of the relevance –if any- of the overriding mandatory provisions of States other than the forum and that of the place of performance of the obligations, admitting that can be taken into account as matters of fact within the lex causae.*

Palabras clave: Reglamento Roma I, leyes de policía, Derecho extranjero

Key words: *Rome I Regulation, overriding mandatory provisions, Foreign Law*

## Sumario

### I. El litigio

### II. Delimitación temporal del CR y del RRI: A un nuevo contrato, nueva norma de conflicto

### III. Las leyes de policía

#### 1. La decisión del Tribunal

#### 2. De nuevo sobre el concepto y condiciones de aplicación de las leyes de policía: Su utilidad para la protección de intereses individuales

##### A) Leyes de policía y *electio iuris*

##### B) ¿Con qué norma se protege al contratante débil? ¿Se ha excluido el juego de las leyes de policía en este punto?

#### 3. La aplicación de las leyes de policía del lugar de ejecución y la integración de los conceptos de la *lex causae* con material normativo de otros Derechos

#### 4. Implicaciones procesales de la pretendida aplicación de oficio de las leyes de policía extranjeras

### IV. Las lecciones de la sentencia

En un comentario de urgencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2016, recaída en el asunto C-135/15, se subrayaba que en materia de leyes de policía extranjeras se ha terminado por limitar el significado práctico de las modificaciones introducidas en el artículo 9.3 del Reglamento 593/2008 Roma I (RRI en lo sucesivo)<sup>1</sup>. En efecto, no sólo no se ha arrojado luz sobre el alcance de esas normas sino que se ha vuelto por vía interpretativa a la solución del art. 7 Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR en lo sucesivo), o sea, la repudiada de manera diáfana, dando amparo a operaciones que *prima facie* se desenvuelven al margen de la disciplina reglamentaria y que extienden el supuesto de hecho del art. 9 del Reglamento. Desde luego hay que reconocer que la mencionada disposición tiene unos antecedentes muy controvertidos, un tenor muy difícil de poner en funcionamiento<sup>2</sup>, pero no es menos verdad que el legislador ha hecho todo lo posible para dejarlos atrás, y que, en consecuencia, debería haberse reconocido que en este tema el panorama normativo ha cambiado.

## I. El litigio

El litigio que se halla en el origen de la sentencia es muy simple: Ciudadano griego que trabaja en Alemania desde 1996, en una escuela de primaria gestionada por la República Griega. A falta de elección de la ley aplicable, la relación laboral estaba sometida al ordenamiento alemán del *locus executionis* (art. 6 CR; por supuesto la solución habría sido la misma en el art. 8 RRI)<sup>3</sup>. En el marco de la crisis de deuda soberana y como condición para acceder al primer programa de rescate financiero a cargo de los países de la zona euro y del FMI, fue preciso –entre otras cosas– reducir los salarios de los trabajadores del sector público heleno, lo que se instrumentó mediante dos leyes, la 3833/2010 sobre medidas urgentes para

---

Fecha de recepción del original: 19 de enero de 2017. Fecha de aceptación de la versión final: 3 de febrero de 2017.

<sup>1</sup> Puede verse en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2016/10/reglamento-roma-i-ambito-de-aplicacion.html>

<sup>2</sup> O. LANDO y P. A. NIELSEN no consiguieron reportar en 2007 ni un solo caso de aplicación de las normas imperativas de un tercer Estado desde la entrada en vigor del CR: “The Rome I Proposal”, en *Journal of Private International Law*, 2007, p. 46.

<sup>3</sup> Se podría haber argumentado que existía elección tácita de la ley griega, incluso se podría haber hablado de adhesión psicológica, mas esto no altera el discurso, dada la necesidad de verificar la concurrencia de las condiciones de aplicabilidad ex art. 9 RRI de las leyes de policía distintas a las del foro, incluidas las de la *lex causae*.

combatir la crisis financiera del Estado, que entró en vigor el 1 de enero de 2010 y que preveía reducir los complementos, compensaciones y salarios de los funcionarios y empleados del sector público un 12%, y la 3845/2010 sobre medidas de aplicación del mecanismo de apoyo a la economía griega por parte de los Estados miembros de la zona euro y del Fondo Monetario Internacional, en vigor desde el 1 de junio de 2010, y que prevé esencialmente una reducción adicional del 3% de los salarios. Es importante subrayar que aquélla especificaba su primacía sobre cualquier disposición de los convenios colectivos, laudos arbitrales o contratos de trabajo individuales, pero no especificaba su ámbito territorial de aplicación: imperatividad indudable pero dudoso el alcance<sup>4</sup>. Como resultado, nuestro profesor ve cómo se le rebaja el sueldo de forma unilateral, lo que motiva su reclamación judicial (ante los tribunales alemanes). En las primeras instancias las decisiones oscilan entre la apreciación de la inmunidad de jurisdicción del Estado hasta la estimación de la demanda. Pero el Tribunal Supremo de Trabajo manifiesta sus dudas sobre la aplicabilidad del RRI por razón de su fecha de entrada en vigor, el papel de las leyes de policía de un tercer Estado y la relevancia jurídica del principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, en la medida en que implicaría la obligación de aplicar de un modo u otro tales leyes de policía de un Estado miembro.

## II. Delimitación temporal del CR y del RRI: A un nuevo contrato, nueva norma de conflicto

El presente comentario no puede centrarse en la cuestión de las leyes de policía, donde más incisiva resulta la aportación del TJUE, y donde puede llegar a adquirir mayor relevancia práctica; pero no se olvide que el órgano judicial alemán empieza preguntando por el cuerpo de normas de conflicto aplicable *ratione temporis*, y ello exige un apunte.

En efecto, en este tema es transcendental la delimitación temporal entre uno y otro, y ello por razones generales y una específica de Alemania: La disciplina conflictual

---

<sup>4</sup> En el caso español, ante la misma hipótesis no debería plantearse debate alguno, porque el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007 de la Mesa general de negociación de la Administración general del Estado sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior (resolución de 31 de enero de 2008, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de enero de 2008 que aprueba el acuerdo de 2007) parte de la aplicabilidad del Derecho español con la sola excepción de las disposiciones de orden público del país de destino (en definitiva no es más que la traslación del juego conjunto de los actuales arts. 8 y 9 RRI). Y por si quedara duda, el art. 1 apartado cuatro del Real decreto ley 8/2010 de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público deja claro que la reducción salarial decretada en ese momento afectaba al personal en el extranjero (modificación del art. 24 de la ley 26/2009 de presupuestos generales del Estado).

para la mayor parte de los contratos no experimenta cambio radical; ni siquiera son apreciables grandes diferencias entre el CR y el RRI: La autonomía sigue funcionando igual (la presunta novedad del art. 3.4 queda tan restringida en cuanto a su supuesto de hecho que carecerá de relevancia); se quiso desterrar el criterio de los vínculos más estrechos en el art. 4 y no se consiguió<sup>5</sup>; para los contratos con particulares necesidades de protección nada hay que no figurara ya en la jurisprudencia o en las normativas sectoriales<sup>6</sup>; las reglas sobre forma, ámbito de aplicación de la ley aplicable o sobre operaciones y problemas concretos (v. gr., cesión) son sustancialmente continuistas. En definitiva, en estos temas es -dicho en general- irrelevante estar a un texto o a otro. Es sólo en el de las leyes de policía donde hay un cambio de orientación que pretendía ser radical (*vid. infra*), cambio de orientación al que se suma -en el caso de los países que habían formulado la reserva al art. 7.1 CR<sup>7</sup>- el salto que va en la dirección contraria al del resto de jurisdicciones, en la medida en que, mientras las demás ven limitado el juego de las leyes de policía extranjeras, a los tribunales de los Estados reservatarios se les obliga a ampliar su objeto de búsqueda, viniendo desde la irrelevancia de las leyes de policía distintas a las del foro<sup>8</sup>. Por ello, teniendo en cuenta que no es tan raro encontrarse con contratos de muy larga duración (v. gr., arrendamientos, distribución, trabajo), suscritos antes de 17 de diciembre de 2009, era muy

---

<sup>5</sup> Permítaseme humildemente reenviar sobre este punto -sin duda controvertido y necesitado de una explicación que aquí no cabe- a “Que veinte años no es nada. (A propósito de la sentencia del TJUECE de 6 de octubre de 2009)”, en J. DIAZ HOCHLETNER y otros, *Últimas tendencias en la jurisprudencia del TJUEUE (2008-2011)*, Madrid, 2012, pp. 635-666.

<sup>6</sup> Para la norma híbrida del art. 5 (transporte), véase la explícita confesión del considerando 22.

<sup>7</sup> Alemania, Luxemburgo, Reino Unido, Irlanda, Lituania, Portugal y Eslovenia.

<sup>8</sup> Con matices: Téngase en cuenta que los tribunales alemanes estaban habilitados para tomar en consideración leyes imperativas de otros Estados desde y como contenido de la propia *lex causae* (la *Schuldstatuttheorie*, parágrafo 241.2 BGB). El razonamiento se desenvuelve al margen del método conflictual, pero -se insiste- se alcanzan los mismos resultados que cuando se aplicaba el CR: Cfr. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law applicable to Contractual Obligations (Rome I)”, en *RabelsZ*, 2007, p. 315; J. J. KUIPERS, *EU Law and Private International Law. The Interrelationship in Contractual Obligations*, Leiden, 2012, pp. 112 ss. En algún caso se ha tenido en cuenta la norma imperativa extranjera ajena a la *lex causae* para afirmar que su inobservancia constituía una violación del orden público (par. 138.1 BGB): *Vid.* sentencia del *BGH* de 22 de junio de 1972.

Más estricta era la visión británica, que si bien repudiaba la vaguedad de la disposición (y por eso la reserva), admitía que sus jueces pudieran decretar la nulidad de un contrato ilegal según la ley del lugar de ejecución; no se pueden violar las normas de un Estado amigo, así que se entiende que existe un pacto implícito en todo contrato en virtud del cual éste es legal si lo es según la *lex loci executionis*: por todos, *vid.* D. McCLEAN, *The Conflict of Laws*, Londres, 2000, p. 349.

importante dar indicaciones a los órganos judiciales nacionales sobre qué régimen aplicar. La respuesta del TJUE no es incorrecta, claro. Decir que depende de la envergadura de las eventuales modificaciones como consecuencia del consentimiento mutuo de las partes que se aplique el CR o el RRI a los contratos concluidos antes de la entrada en vigor de este último es una inexorable obviedad, es recoger la idea de novación modificativa y sacar sus consecuencias; pero por ser sus indicaciones tan genéricas al final son nada, cargando sobre las espaldas del juez nacional una tarea que previsiblemente cada uno resolverá según criterios no necesariamente homogéneos<sup>9</sup>. Es inevitable, pues, referirse a una alteración sensible (el TJUE no dice que haya de ser esencial) del equilibrio de las prestaciones, lo que sólo se puede hacer esquema negocial por esquema negocial, y siempre mediante la judicialización de la respuesta. La sentencia tiene al menos la virtud de excluir del núcleo de las alteraciones sustanciales las que sean resultado de la intervención del legislador o del poder reconocido *ab initio* a uno de los contratantes, lo que adquiere especial relieve en el sector en el que nos movemos. En el ámbito laboral objeto del presente recurso cabe partir de una calificación nacional<sup>10</sup> o ensayar un referente europeo básico, que a falta de otro más claro -teniendo en cuenta lo disperso de las intervenciones de la UE en materia laboral- puede ser la directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, cuyo art. 3 elenca las cuestiones que el legislador europeo considera de suficiente importancia. De esta forma, una

---

<sup>9</sup> La determinación de la fecha de conclusión del contrato ha de quedar a la propia *lex contractus*, según prevé el art. 10.1 RRI. La fecha que figure en el contrato controvertido no es en todo caso determinante, aunque sea presumiblemente lo más importante (L. L. HANSEN, “Applicable Employment Law after Rome I. The Draft Rome I Regulation and Its Importance for Employment Contracts”, en *European Business Law Review*, 2008, p. 773). En nuestro sistema es elocuente la STS de 17 de marzo de 2011, ponderando la unidad esencial del vínculo por encima de la pluralidad de contratos y las sucesivas interrupciones.

Hay a este respecto, además, dos cuestiones relevantes: a) Que distintas leyes potencialmente aplicables traten de forma diferente la cuestión de la fecha de inicio de la relación laboral (piénsese en el supuesto de un contrato ejecutado en diversos países respecto al cual una juzga que la relación es única y otra descubre varios contratos), no es particularmente grave; todo se reduce al final a un problema de competencia judicial y a la activación -en su caso- de las reglas de litispendencia; b) Puede darse que hasta el final del proceso no se sepa cuál es esa fecha, si el debate se centra precisamente en individualizar la ley rectora del contrato. Dicho con la cautela derivada de la continuidad de las soluciones, es claro que en tal circunstancia el derecho de defensa de las partes puede padecer, en tanto que no saben desde el primer momento qué pueden alegar y qué no. Todo ello abona -de nuevo- la conveniencia de introducir un “antejuicio” de derecho internacional privado.

<sup>10</sup> En nuestro caso, los arts. 39 a 41 ET aportan las claves mínimas de enjuiciamiento. Compárese con lo que se considera modificación esencial en Italia, por ejemplo (tipo de actividad, remuneración, duración determinada o indeterminada del contrato y lugar de trabajo) y se constatará lo arriesgado de la calificación nacional.



modificación que afecte tales cuestiones de carácter contractual<sup>11</sup> abriría la puerta al cambio de norma de conflicto relevante. Claro que eso es sólo un punto de partida (al fin y al cabo, la directiva nace con objetivos y preocupaciones no estrictamente laborales): Parece razonable añadir las eventuales modificaciones sobre la mera existencia y la extinción de la relación laboral. Más no se puede decir, salvo abogar por una solución prudente en caso de duda, ponderando el valor de la seguridad jurídica y por ello la perpetuación del imperio del CR<sup>12</sup>.

### III. Las leyes de policía

La parte mollar de la sentencia es la que se pronuncia en torno a la relevancia de las leyes de policía de un Estado distinto al del lugar de ejecución<sup>13</sup>. Recuérdese cómo la propia formulación de la cuestión prejudicial es elocuente de cómo el *Bundesarbeitsgericht* ha captado la nueva perspectiva del legislador europeo, dando por sentado que se ha excluido su aplicación directa, pero interrogándose sobre su eventual consideración indirecta dentro de la ley reguladora del contrato.

#### 1. La decisión del Tribunal

La respuesta del Tribunal puede ser esquematizada en tres núcleos:

-La excepcionalidad de las normas de policía, consecuencia del papel preponderante de la *lex causae*: «El artículo 9 del RRI constituye una excepción a dicho principio de libre elección de la ley aplicable por las partes del contrato. Según se desprende del considerando 37 de ese mismo Reglamento, esta excepción tiene como finalidad permitir al juez del foro, en circunstancias excepcionales, tener en cuenta consideraciones de interés público». En consecuencia, y tal y como se deduce de los trabajos preparatorios del RRI, la *voluntas legislatoris* era reducir el ámbito de operatividad de las leyes de policía distintas de las del Estado del foro, y del

---

<sup>11</sup> O sea, tiempo de trabajo, vacaciones anuales, salario, salud, seguridad e higiene en el trabajo, medidas de protección de mujeres embarazadas, niños y jóvenes.

Hay temas que difícilmente van a tener transcendencia en el contrato y por lo tanto no se suelen ver afectados por modificaciones de este tenor: las letras d (las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino) y g (la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación).

<sup>12</sup> Ni que decir tiene que las partes no pueden elegir el sistema de normas de conflicto aplicables, siendo como son imperativas.

<sup>13</sup> Lo que -teniendo en cuenta la función de las cuestiones prejudiciales- no deja de ser una patología, porque nada hace pensar que el RRI fuera aplicable en este caso.



articulado se deduce una poderosa fuerza expansiva de la *lex causae* (art. 12 RRII, art. 12 RRI).

-El carácter tasado del art. 9 RRI. Se trata de subrayar el peso de los principios y objetivos inspiradores del sistema: La entrada en juego (o sea, conferir al juez el poder de aplicar) de elementos externos a la ley del foro y a la ley del lugar de ejecución pone en peligro la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, porque afecta a la previsibilidad. Se introduce asimismo un argumento que mejor podría haber aparecido en el principio, al hilo de la integridad de la *lex causae*, y es el riesgo de menoscabar la eficacia de la *lex loci laboris* -a la que se confía la protección del trabajador- como consecuencia de la aplicación de otras leyes de policía distintas de las mencionadas en el artículo 9 del RRI. En definitiva, exhaustividad del art. 9 RRI (considerando 49). Queda clara, pues, la plena subordinación de las normas de policía a la coherencia e integridad de la mentada *lex causae*, de modo que deben quedar descartadas si comportan cualquier merma de su eficacia.

-La posibilidad de tomar en consideración –que no aplicar- las leyes de policía de un tercer Estado: Después viene el gran salto en los considerandos 50 y 51: Si bien es cierto que no se pueden aplicar como normas jurídicas otras leyes de policía que las referidas, el art. 9 RRI no se opone a «la toma en consideración, como circunstancia de hecho, de las leyes de policía de un Estado que no sea el Estado del foro o el Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, en la medida en que una norma material del Derecho aplicable al contrato en virtud de las disposiciones de ese mismo Reglamento lo prevea», ya que no se ha pretendido en ningún momento unificar las normas materiales.

Los dos retos del art. 9 RRI son el de la delimitación del concepto de ley de policía – y como consecuencia su compatibilidad o no con las normas tuitivas- y el de su incidencia real en la disciplina de los contratos. Se trata de coherencia la localización de la relación litigiosa mediante la norma de conflicto con una respuesta adaptada a la internacionalidad del supuesto, merced a la apertura a las normas imperativas extranjeras que moldeen una solución a medida. El norte, coherente con un sistema globalmente flexible, es la proximidad, y el método es el *prêt-à-porter* con arreglos, en definitiva. Esencia iusinternacionalprivatista, ajena en este primer momento a consideraciones sustantivas. Decisión inobjetable en suma. Sólo algunas acotaciones.

## 2. De nuevo sobre el concepto y condiciones de aplicación de las leyes de policía: Su utilidad para la protección de intereses individuales

### A) Leyes de policía y *electio iuris*

Es chocante que el Tribunal comience caracterizando el art. 9 RRI como una excepción al principio de autonomía de la voluntad (considerandos 43 y 44). De entrada, habrá que descartar que sea lo que literalmente dice, porque el art. 9 no menoscaba la libertad de elección de la ley aplicable, y aunque el considerando 37 del RRI mezcle en un mismo párrafo la excepción de orden público y las leyes de policía, es evidente que la forma en que operan es muy diferente. En resumen: Tales leyes no sirven para anular –aunque sí pueden restringir el alcance de– un *pactum de lege utenda*<sup>14</sup>.

Parece además como si la entrada en juego de las leyes de policía quedara limitada a los casos de elección de ley, lo que no sólo carece de base lógica<sup>15</sup> sino que desatiende el propio tenor literal de los artículos. Y lo más paradójico es que habría convertido la cuestión prejudicial origen de la presente sentencia en algo meramente hipotético. Ya que no se puede aceptar que se trate de una simple frase más o menos desafortunada o un lapsus, la única explicación racional es que se trata de la respuesta a quienes han defendido que en caso de *electio iuris* no puede restringirse el imperio del Derecho seleccionado dando entrada en la disciplina contractual a normas de policía extrañas a éste, alegando el peligro de quiebra de sus expectativas<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)» (2006/C 318/10).

<sup>15</sup> Sería absurda la situación en la que basta no elegir la ley para evitar las normas de policía. Aquí no hay espacio para infundadas sospechas de fraude. De otra parte, el informe GIULIANO/LAGARDE anexo al CR explicitaba (“Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, en *JOCE*, nº 282, 31.10.80, p. 26) la compatibilidad del art. 4 y lo que en ese momento era el art. 7.

<sup>16</sup> El juego de las normas internacionalmente imperativas en presencia de ejercicios de autonomía conflictual aparece bien estudiado en S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts after Rome I”, en *Yearbook of Private International Law*, vol. XII, 2010, pp. 67 ss. Referencias (y refutación) a ese planteamiento “supremacista” de la ley elegida por las partes en p. 68. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)» (2006/C 318/10) alertaba igualmente sobre lo delicada que es esta materia de las leyes de policía y defendía que los resultados de la elección de la ley aplicable por las partes no deberían restringirse más de lo absolutamente necesario y que, en lo posible, la

## B) ¿Con qué norma se protege al contratante débil? ¿Se ha excluido el juego de las leyes de policía en este punto?

El considerando 48 se centra en los contratos de trabajo y contiene un aserto de mayor calado: la posibilidad de aplicar leyes de policía diferentes a las reclamadas por el art. 9 RRI podría afectar al objetivo perseguido por el art. 8, «que pretende garantizar, en la medida de lo posible, el respeto de las disposiciones destinadas a velar por la protección del trabajador establecidas en el Derecho del país en el que éste desempeña su actividad profesional»<sup>17</sup>. Más allá de que el propio TJUE haya desmentido esta frase en lo que se refiere al juego de la *lex loci laboris* -al privilegiar la aplicación de la ley que presenta la vinculación más estrecha con el contrato aunque no sea la que brinda la mayor protección<sup>18</sup>-, se está aseverando que tal protección (se supone que la misma fórmula vale para todo contratante débil) dispensada por la ley objetivamente aplicable no sufre merma por causa de la entrada en juego de las leyes de policía expresamente reclamadas por el art. 9 RRI (y sólo éstas, adviértase), con lo que se descartan las dudas sobre compatibilidad entre ambos artículos<sup>19</sup>. En negativo, pues, eso significa que otras leyes de policía distintas a éstas no pueden ser aplicadas. Pero se puede avanzar aún otra enseñanza a partir de esa frase, que zanjaría la cuestión que viene preocupando desde hace décadas a la doctrina iusinternacionalprivatista, a saber, la identificación del tipo de normas a las que se hace referencia en el art. 9 RRI (si entran aquí disposiciones que miran a la tutela de intereses individuales o si sólo se refiere a las de protección de intereses públicos<sup>20</sup>): *Prima facie*, el TJUE está diciendo que la

---

aplicación de la ley no debería verse dificultada por la aplicación de normas que no correspondiesen al estatuto contractual.

<sup>17</sup> El TJUE reclama el precedente de la sentencia de 15 de marzo de 2011. La coherencia jurisprudencial es absoluta, de modo que se podría haber invocado sin problema la de 15 de diciembre del mismo año, que culmina la anterior y vuelve a insistir en que la *lex loci executionis* constituye el eje en torno al cual se vertebra la protección del trabajador, conclusión matizada en la de 12 de septiembre de 2013.

<sup>18</sup> Sentencia de 12 de septiembre de 2013: «En la medida en que el objetivo perseguido por el artículo 6 CR es garantizar una protección adecuada al trabajador, dicha disposición debe garantizar que se aplique, al contrato de trabajo, la ley del país con el que ese contrato establece los vínculos más estrechos. Pues bien, tal interpretación no debe conducir necesariamente (...) a que se aplique, en todos los casos, la ley más favorable para el trabajador»).

<sup>19</sup> Un recordatorio seguramente innecesario: la ley del lugar de ejecución no es siempre la rectora del contrato, ni siquiera la que establece el mínimo de protección para valorar la eficacia de la *electio iuris*. Ese papel lo desempeña la más estrechamente vinculada con el caso. En consecuencia, no se solapan los resultados del art. 9.3 y del art. 8.2.

<sup>20</sup> La controversia está muy bien explicada en J. J. KUIPERS/S. MIGLIORINI, «Qu'est-ce que sont les 'lois de police'? Une querelle franco-allemande après la communautarisation de la Convention de

protección del trabajador queda encomendada a las normas imperativas de la *lex loci laboris*. Si en todo momento esta es la premisa -corolario, por lo demás, de lo mantenido en las anteriores sentencias en la materia-, se podría en consecuencia inducir de la sentencia comentada que a juicio del Tribunal el art. 8 RRI mira a los intereses individuales, y que el art. 9 RRI no puede por ello atender a fines del mismo tipo, ya que no sería concebible la duplicación de normas idénticas<sup>21</sup>. Esto nos colocaría en la estela de la doctrina alemana, y a partir de aquí se abriría el segundo problema (exclusivo de los órganos judiciales nacionales, limitándose el del TJUE a una delimitación negativa), que es averiguar a qué objetivos responde una concreta norma o disciplina<sup>22</sup>; pero en el nivel de los principios las soluciones estarían claras. En consecuencia, y centrados en el ámbito laboral, las normas que expresan concepciones esenciales del sistema español en cuanto a organización de

---

Rome”, en *European Review of Private Law*, 2011, pp. 190 ss. Igualmente, el *status quaestionis* en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation, pp. 33-34; L. D’AVOUT, “Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I”, en *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2167.

<sup>21</sup> La utilización ilimitada del art. 9 con fines protectores convierte en incomprensibles las exclusiones del ámbito material del art. 6 en particular: Cfr. O. LANDO/P. A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, en *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, p. 1724.

Para una argumentación aluvional, véase la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Madrid de 20 de julio de 2016. Al final de su lectura no se sabe qué fundamenta su decisión.

<sup>22</sup> Baste remitir a la práctica francesa referida por J. J. KUIPERS en *EU Law and Private International Law. The Interrelationship in Contractual Obligations*, Leiden, 2012, pp. 112 ss. La *Cour de Cassation* en su sentencia de 30 de noviembre de 2007 lo expresa muy bien: Las normas sobre subcontratación, ¿protegen al contratante débil o la igualdad entre competidores? El tribunal opta por esta segunda lectura. Las normas sobre despido, ¿son de naturaleza contractual o se refieren a ordenación del mercado? El TS holandés en su sentencia de 8 de enero de 1971 opta por la segunda opción. Son sólo un par de ejemplos; siempre aparecerán implicados intereses supraindividuales en normas sobre contratos. Es un problema de perspectiva y de preponderancia, que puede llegar al exceso de llevar el argumento hasta el límite, y convenir con A. BONOMI en que todas las normas - sin excepción- protegen intereses públicos: «Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement «Rome I» sur la loi applicable aux contrats », en RITAINE/BONOMI, *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Ginebra, 2008, pp. 230 ss. No hace falta insistir en que -a juicio de quien esto firma- el planteamiento del egregio profesor veneciano desconoce la finalidad perseguida con el art. 9 RRI, que se impone una interpretación no ya restrictiva sino directamente avara.

Hablar de normas ordopolíticas (v. gr., F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Much ado about nothing?”, en *The European Legal Forum*, 2008-2, p. 1-77; una opinión sustancialmente igual en “El Reglamento «Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, en *Diario La Ley*, 30 de mayo de 2008, nº 6957) no es sino posponer el debate, porque, en un mundo en que las fronteras entre lo público y lo privado son difusas, el concepto de ordopolítico deja zonas de penumbra.

las relaciones sociales y económicas -como la duración del contrato, la documentación (inclúyanse los requisitos formales), la clasificación, el salario, el despido y las demás formas de extinción de la relación laboral, la movilidad (o movilidades en general), las vacaciones, la duración de la jornada, el trabajo nocturno, las horas extraordinarias, los permisos y licencias, el poder de dirección del empresario o las modalidades de ejercicio del derecho de huelga y los demás derechos colectivos (evidentemente la lista no pretende ser exhaustiva)- deben quedar clasificadas como propias del núcleo de lo contractual, y entran en juego sólo si el Derecho español es reclamado por el art. 8 RRI, nunca *ex art.* 9<sup>23</sup>.

No obstante, esa lectura -sin duda la que mejor se adapta a los fines del método diseñado por el legislador europeo- tiene al menos dos problemas: Primero, es una interpretación que prescinde del dato de que en ningún sitio de la sentencia comentada afirma el TJUE que la función tuitiva sea exclusiva del art. 8 RRI. En segundo lugar, no encaja bien con el precedente de la sentencia 17 de octubre de 2013<sup>24</sup> -más útil que el archiconocido Arblade, donde se limitaba a brindar un concepto de leyes de policía al hilo de un asunto donde el CR no era objeto de discusión-. En esa ocasión la posición del Tribunal fue en el sentido de que a la ley aplicable -por definición suficientemente protectora- se le puede acumular la protección dispensada por la ley del foro. Es verdad que la respuesta no fue demasiado afortunada, que se desperdició la oportunidad de clarificar el engarce (léase límites y convivencia) de la *lex causae* y las leyes de policía del foro<sup>25</sup>, terminando donde debía haber empezado<sup>26</sup>, pero no lo es menos que la conclusión final se alinea con la concepción francesa de las leyes de policía, permitiendo colmar presuntos déficits de protección derivados del juego de la ley reclamada por las normas de conflicto convencionales (art. 3 en el caso) y que cada legislador nacional decida libremente determinar qué leyes tienen carácter imperativo en base a la protección de un interés esencial del Estado, sin ofrecer ningún parámetro ni establecer límite alguno; por eso se ha admitido que éstas pueden servir para la

---

<sup>23</sup> Y, por supuesto, los convenios colectivos se aplican sólo dentro del Derecho español, de acuerdo con sus propias condiciones personales y territoriales: STS de 20 de enero de 2015.

<sup>24</sup> Asunto C-184/12, Unamar c. NMB. El precedente debe ser manejado con cautela, porque se refiere a un ámbito materialmente unificado (contrato de agencia intracomunitario). Téngase en cuenta además que la sentencia Ingmar no sirve para proyectar demasiada luz sobre el caso comentado, porque aquí el supuesto es puramente interno europeo, lo mismo que la futura sentencia del asunto C-507/15, precisamente por referirse a un agente que actúa fuera y la eventual exclusión de las normas de protección (*vid.* las conclusiones del Abogado General, de 26 de octubre de 2016).

<sup>25</sup> Ni distingue entre dar efecto y aplicar en el caso de las disposiciones de un tercer Estado (considerando nº 43) ni tiene en cuenta que se trataba de un ámbito unificado.

<sup>26</sup> *Cfr.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Comentario en *REDI*, 2014, p. 274.



promoción de intereses prevalentemente privados, al dar por bueno que los intereses públicos a los que se refiere la norma pueden consistir en la tutela de un grupo de “nacionales”; todo ello, eso sí, después de subrayar que la Comisión lleva razón al aseverar que los Estados no pueden, mediante el expediente de considerar imperativas las normas nacionales, desvirtuar el principio fundamental del CR que es la autonomía conflictual. El caso es que implícitamente se permite imponer las propias concepciones al margen de la ley aplicable al fondo del asunto y sin que para ello sea un obstáculo el hecho de que las disposiciones en concurrencia respetan el mínimo standard unificado a nivel europeo. No hay revisión ni matiz alguno. La sentencia de 18 de octubre de 2016 no corrige de forma diáfana la de 2013. Por supuesto que este pronunciamiento va referido al CR y no al RRI, mas la mentada observación del TJUE podría ser trasladada sin esfuerzo al art. 9 RRI, en la medida en que la cuestión conceptual ha sido eludida, y que si algo se deduce del proceso de reglamentarización es que la primera preocupación que orientaba el cambio desde uno a otro no ha sido el concepto sino el origen territorial de leyes aplicables o susceptibles de ser consideradas. A reserva de ulterior matización, a día de hoy supone ello manejar una noción amplia de leyes de policía, y que la tutela del contratante reputado débil por el operador jurídico queda encomendada como regla a la ley reclamada por el art. 8 RRI, pero no de forma exclusiva, porque nada impediría que si lo considera oportuno se acuda a otras fuentes de protección<sup>27</sup>.

### **3. La aplicación de las leyes de policía del lugar de ejecución y la integración de los conceptos de la *lex causae* con material normativo de otros Derechos**

Volvamos al caso concreto planteado y retomemos el discurso respecto a la cuestión prejudicial debatida: ¿Pueden aplicarse las normas griegas sobre reducción de salarios a un contrato ejecutado en Alemania y como tal sometido a las leyes alemanas? No. El TJUE lo tiene muy claro (considerando 50). ¿Excluye el art. 9.3 la aplicación directa de las leyes de policía de un tercer Estado que no es el de ejecución, que es lo que se preguntaba? Sí. Faltan requisitos: Desde luego, no parece controvertido que aquéllas puedan ser calificadas como leyes de policía con vocación de ser aplicadas imperativamente, a la vista del concepto contenido en el párrafo 1 del art. 9 RRI, mas tampoco parece controvertido que no encajan en el supuesto de hecho del apartado 3, porque no son normas del Estado del lugar de ejecución ni hacen ésta ilegal. Ahora bien, sobre ese punto conviene hacer un breve excurso. Es cierto que el concepto “lugar de ejecución” no puede ser interpretado con demasiada flexibilidad hasta el punto de abarcar cualquier actuación encuadrable en la cadena de actuaciones que conduce a la consumación del

---

<sup>27</sup> Nótese que el considerando 37 del RRI, que se ha convertido en piedra angular de tantas interpretaciones- no es óbice para esta lectura, porque sólo fuerza a no confundir tipos de normas y aplicar restrictivamente las leyes de policía. Y el TJUE respeta estas indicaciones.



contrato, con la consiguiente ampliación del círculo de de leyes de policía a considerar y que en el caso controvertido permitiría tener en cuenta las leyes de policía griegas, asumiendo que al fin y al cabo todo pago a las personas que trabajan para la administración y entes autónomos helenos trae causa en decisiones adoptadas en Grecia. Claro que ello no encaja con los fines perseguidos en la norma, porque provoca la dilución de los objetivos perseguidos en la disciplina conflictual, al desembocar en la entrada en juego de una multitud de disposiciones y la quiebra de las expectativas legítimas de las partes, tal y como ha sido de algún modo evidenciado por el TJUE (*supra*)<sup>28</sup>. Pero tampoco caben interpretaciones ultrarestrictivas, tributarias en exclusiva de las soluciones en materia de competencia judicial internacional. La idea que subyace en el foro de competencia en materia de contratos es la contención, privilegiando la concentración de los litigios ante un solo tribunal, mas ese objetivo no es trasladable sin más al RRI. No es concebible que el legislador haya olvidado la realidad de que las distintas obligaciones derivadas de un contrato pueden ser ejecutadas en una multitud de lugares, y que las leyes de cada uno de estos países pueden tener voluntad y poder para interferir en el contrato. Porque si el objetivo básico perseguido en el art. 9 RRI es conseguir la internacionalización de las respuestas –léase proximidad si se quiere- y la uniformidad de los resultados con independencia del tribunal (europeo) que haya asumido competencia judicial<sup>29</sup>, es diáfano que aquella padece si el concepto de *locus executionis* –y en consecuencia las normas internacionalmente imperativas a considerar- son sólo las del país donde se ejecuta la prestación característica. Conviene, pues, adoptar una solución analítica, prestando atención al lugar concreto, recogoscible por los contratantes y perceptible por terceros donde se verifica la ejecución de cada una de las prestaciones derivadas del contrato<sup>30</sup>. Para el caso del contrato de trabajo en el que existan pluralidad de lugares donde se realiza la prestación laboral conviene no confundir con lo dispuesto en el art. 8.3 RRI, no pudiendo ser *locus laboris* a estos efectos aquel donde se encuentre el establecimiento contratante.

---

<sup>28</sup> V. gr., Sentencia del BGH de 22 de junio de 1972, asunto de las máscaras nigerianas: aplicación de la ley nigeriana aun no siendo Nigeria el lugar de ejecución *strictu sensu* del contrato. Se puede llegar a entender esta decisión en tanto que aquí lo que se ventilaba era la obligación de indemnizar a cargo de una aseguradora, y se podía entender que el lugar de ejecución era cada uno de los territorios por los que pasaban las mercancías vendidas y nunca exportadas.

<sup>29</sup> Es absurdo, en ese sentido, que baste con acudir a los tribunales alemanes en lugar de los propios del domicilio del demandado para eludir las normas sobre disminución salarial.

<sup>30</sup> No es baladí el hecho de que se hable de obligaciones y no de contratos, dando pie a la entrada en juego de leyes procedentes de diversos países. Si una de ellas hace ilegal la ejecución se puede desencadenar un proceso que impida la viabilidad del contrato, digan lo que digan las otras *leges locorum executionis*, porque de otro modo se rompe la congruencia de las prestaciones.

Sea como fuere, nada hace pensar que en el caso controvertido el lugar de ejecución de la obligación de pago del salario fuera otro que Alemania<sup>31</sup>: La toma en consideración de la ley griega quedaba descartada.

Nada se ha dispuesto expresamente sobre la cuestión de la aplicación de las leyes de policía de un tercer Estado distinto al del lugar de ejecución, ni el si o el no, ni la forma en la que se realizaría -en el primer caso-, con la consiguiente zozobra de los tribunales nacionales<sup>32</sup>. Pero la ausencia de una respuesta explícita no significa dejarlo todo a los ordenamientos nacionales (no es concebible elaborar un reglamento para que después cada sistema haga y deshaga a su antojo), sino que la idea es que al margen de la normativa reglamentaria no existe derecho internacional privado de contratos. El TJUE lo explica muy bien: Habría quiebra de la seguridad jurídica y de la previsibilidad si se pudiera aplicar normas al margen de lo previsto en el art. 9 RRI. El tema no merece mayor desarrollo. Pero queda aún otra vía de acceso, que es la subsunción en las normas sustantivas.

Leyendo el art. 9 RRI está claro que el legislador ha querido establecer una gradación que distingue entre aplicar y dar efectos<sup>33</sup>, que es a lo que se refiere tal norma. La toma en consideración queda confinada y vive dentro de las disposiciones de la *lex causae*. Conceptualmente deben ser distinguidas las tres operaciones, y no es legítimo que por vía interpretativa se altere el equilibrio diseñado por el legislador. Frente a la opinión del Abogado General, que abiertamente asevera que no hay diferencia práctica entre las dos primeras (apartado 101 de sus conclusiones), diferencia debe haber, porque de otro modo se habría usado distinto verbo, y no se ha hecho ni en el CR ni -acumulada ya experiencia- en el RRI, cuando se pudo. Obligación del intérprete será trazar la frontera entre ambas operaciones, vertebrada a mi juicio sobre la facultad judicial de selección y de modulación o no de la eficacia de esas normas, en atención en particular a las expectativas de ejecución de la decisión en el Estado de cuyas leyes se trata. Pero ocurre que el TJUE ha elevado el rango de eficacia de estas leyes de policía del *locus executionis*; sobre tal punto la fórmula usada en el fallo no deja lugar a dudas, ni en la versión en español ni en las

<sup>31</sup> Tal vez haya que reconocer que al legislador europeo no le ha salido nada de lo que ha intentado. Quería restringir el ámbito y circunstancias de leyes de policía aplicables y al final se va a difuminar esta política restrictiva merced a la ampliación del concepto de lugar de ejecución.

<sup>32</sup> No es cierto que exista una laguna; la norma es muy clara en este punto: M. HELLNER, "Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?", en *Journal of Private International Law*, 2009, p. 470.

<sup>33</sup> Dar efecto no es aplicar: informe GIULIANO/LAGARDE..., *op. cit.*, p. 27. Admítase al menos que la fórmula usada puede ser entendida como aplicación facultativa: *Vid.* A. L CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", en *CDT*, 2009, p. 130, y la bibliografía citada.

demás: Aplicar es el verbo<sup>34</sup>. Si ahora resulta que las leyes de policía de este tercer Estado también han de aplicarse llegaremos a la conclusión de que la reforma no ha servido para nada. Jamás se quiso poner a los tribunales nacionales en la tesitura de tener que aplicar las leyes de policía del Estado de ejecución, con lo que, en consecuencia, se ha difuminado el margen de apreciación del que antes gozaban y que les permitía adaptar el resultado a las peculiaridades del caso. Conviene no olvidar por qué hemos llegado a la solución actual, la historia de las reservas al art. 7 CR y la amenaza británica de no participar en el RRI debido a las críticas que en el ambiente jurídico de aquel país se manifestaron a propósito de la norma. Si se ha excluido el reclamo *urbi et orbi*, si las leyes de policía no son las de todo el mundo y se ha unificado las normas de conflicto en materia de contratos es porque se quiso potenciar la previsibilidad. La solución es contraria a la letra de la ley, que recoge ese margen y reclama el criterio de oportunidad en el inciso final del art. 9.3 RRI: Decidir si debe darse efecto o no, atender a las consecuencias de su aplicación o inaplicación: Alternativas que desaparecen, en definitiva, porque aplicar es algo unívoco<sup>35</sup>. Quiere ello decir, por ejemplo, que, teniendo en cuenta que el lugar de ejecución de un contrato puede estar en cualquier Estado del mundo y que las normas que convierten en ilegal la ejecución pueden inspirarse en los valores más variopintos, el órgano carece de margen para enjuiciar si tales valores subyacentes a una determinada medida son compatibles o no, si se debe o no implementar las normas construidas sobre ellos (porque no es lo mismo no compartir unos valores que aseverar que van contra el orden público del foro)<sup>36</sup>. Se supone, en fin, que la única excepción a esa imperatividad es la contrariedad a las normas de policía del foro o al orden público local, sin zonas grises.

Donde sí que acierta el TJUE es en cuanto a la toma en consideración (considerando 51). Esto no es dar efectos ni aplicar. Probablemente ni siquiera era necesario que el texto de la norma lo previera, porque el ordenamiento forma un sistema coherente con las piezas bien integradas. El Tribunal ha sido escrupuloso en su decisión, respetando las soluciones normativas, siempre que con esa fórmula se limite a admitir la posibilidad de integrar los conceptos (cláusulas generales o elementos del supuesto de hecho) de la *lex causae* con leyes de policía

---

<sup>34</sup> ...“appliquées, en tant que règles juridiques”, “being applied, as legal rules” “essere applicate, in quanto norme giuridiche”. No es un problema de traducción, pues.

<sup>35</sup> Si se está dispuesto a hablar de “aplicación en sentido propio de las normas imperativas”, habría que explicar qué cosa sea aplicar en sentido impropio.

<sup>36</sup> Recuérdese el famoso caso *Sensor* (sentencia del *Arrondissementrechtbank Den Haag* de 17 de septiembre de 1982), donde el tribunal se niega a dar efecto a las leyes de policía estadounidenses en base a la falta de continuidad valorativa.

extranjeras<sup>37</sup>, sin restricciones en cuanto a su origen más allá de su conexión con el caso evidenciada en el propio reclamo por la ley aplicable. No se inventa nada, porque esta forma de entrada en juego de las leyes de un tercer Estado ya fue sugerida por la Comisión europea en el Libro verde sobre la reforma del CR<sup>38</sup> y ha sido constante en la jurisprudencia alemana (*vid. supra*). Como acredita esta última, esa toma en consideración incidirá generalmente en la fase de la ejecución del contrato. Lo normal es que sean recibidas como defensa frente a la imputación de incumplimiento de las obligaciones, sirviendo para acreditar la imposibilidad objetiva. Así, por ejemplo, cuando la norma de la *lex causae* hable de cumplimiento del contrato, se podrá dar entrada a los criterios de la ley de policía extranjera para verificar si se ha cumplido o no, si existe un obstáculo objetivo al cumplimiento (*v. gr.*, normas restrictivas del acceso a un sector de actividad no observadas en el momento de la conclusión, con la consiguiente nulidad o sanción administrativa), si se impone –como en el caso- un pago –liberatorio- de salario reducido, si la mercancía vendida no puede ser entregada o si se han intervenido los precios, si a pesar de todo se puede pagar (desde otra jurisdicción, por ejemplo)... A partir de aquí es la *lex causae* la que entra plenamente en juego, decidiendo si la norma extranjera es aplicable o si por ejemplo contraría el orden público del foro, si encaja en el equilibrio diseñado por el ordenamiento rector del asunto, si a pesar de todo se mantiene el carácter vinculante del negocio, si se trata sólo de una imposibilidad transitoria de ejecución, si las partes deben restituirse las prestaciones ya realizadas, cómo afrontar una eventual excesiva onerosidad para una de las partes (supuestos de intervención en los precios)<sup>39</sup>,... Pero queda claro que siempre es la *lex causae* la que preside el equilibrio negocial y da respuesta a cada una de las vicisitudes registradas a lo largo de la vida del contrato, que esas leyes no son directamente aplicadas, que las consecuencias jurídicas son las de la *lex causae*, nunca las de la normativa extranjera.

#### 4. Implicaciones procesales de la pretendida aplicación de oficio de las leyes de policía extranjeras

Como es lógico, el TJUE no entra en la dimensión procesal de las leyes de policía extranjeras. Tampoco el RRI lo hace. Este es un reducto propio de los sistemas

---

<sup>37</sup> En este sentido el párrafo 106 de las conclusiones del AG.

<sup>38</sup> Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización. Bruselas, 14 de enero de 2003. COM(2002) 654 final.

<sup>39</sup> *V. gr.*, SAP Madrid (secc. 11ª) de 30 de marzo de 2016.

nacionales. Pero limitarse a sentar los principios generales no sirve de nada si no se ofrecen unas mínimas pistas sobre el mecanismo de entrada en funcionamiento<sup>40</sup>.

A día de hoy, se puede aceptar como opinión unánime que las normas internacionalmente imperativas deben ser aplicadas de oficio, teniendo en cuenta los intereses implicados que no pueden no ser puestos en juego en toda situación<sup>41</sup>. Se afirma que tanto la alegación como la prueba deben quedar sustraídas al poder de las partes, pero eso es tan cierto como matizable, porque falta descender a los detalles. Punto de partida es que la perspectiva debe ser judicial, porque lo que las partes negocian a la sombra del ordenamiento se nos escapa absolutamente. En segundo lugar, se echa de menos una distinción entre las leyes de policía del foro y las de otro Estado, por exigencia del principio *iura novit curia*. Dicho lo cual, los interrogantes básicos se proyectan sobre el momento procesal oportuno, la parte que debe traerlas al proceso, la solución de reemplazo en caso de imposibilidad de prueba.

En el caso de las normas del foro (español) no se plantea ninguna cuestión específica ni existe peculiaridad alguna más allá de las propias del deber de diligencia de las partes. Se aplican indefectiblemente (art. 9.2 RRI). Siendo obligatorio que las conozcan y las incorporen en sus respectivos escritos, es claro que, tanto si lo hacen como si no, el juez resolverá ajustándose a la ley, tal y como sanciona el art. 218.1 LEC. En particular, hay que rechazar la idea de que la irrupción de estas disposiciones por primera vez en la resolución genere indefensión porque las partes no hayan podido debatir sobre ellas, ni por supuesto nada se podría reprochar en términos de congruencia, limitada al ajuste del fallo y el *petitum*.

Para las leyes extranjeras la norma no puede ser, en efecto, la del art. 281 LEC, y es discutible que valga el art. 33 LCJIMC en su integridad. No obstante, la discusión franco alemana antes apuntada tiene transcendencia procesal (y valga esto como aclaración de la perspectiva adoptada): Si de verdad las disposiciones a las que se refiere el art. 9.3 RRI sirvieran para proteger intereses privados o mixtos se podría defender su sujeción al régimen general de alegación y prueba, imponiendo a los

---

<sup>40</sup> Nota previa: No siendo el tema central del presente escrito, nos limitaremos a esbozar unas breves referencias sobre esa dimensión. Por desgracia, es un tema pendiente de tratamiento exhaustivo en el ordenamiento patrio.

<sup>41</sup> Por todos, A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, 2016, p. 567. Siguiendo a R. FENTIMAN, se puede aseverar que no se puede dejar en manos de la iniciativa de las partes la aplicación de principios fundamentales queridos por el legislador, y la protección de intereses de Estados vinculados con el contrato es uno de ellos: *Foreign Law in English Courts*, Oxford, 1998, p. 84.



particulares la iniciativa<sup>42</sup>; mas si aceptamos la no duplicación de esfuerzos tuitivos y el carácter público de los objetivos tutelados con ésta, habrá que concluir que la iniciativa corresponde al juez. Hasta ahí la regla. Porque sea como fuere, es ciencia ficción -y huérfano hoy por hoy de cobertura normativa- pensar que el órgano judicial va a investigar la posible existencia de eventuales leyes extranjeras (por si acaso) para después incorporarlas al proceso. Si las partes nada alegan, nada puede saber. Más frecuente será -como hemos visto- en el esquema de litigio donde se pone en juego la eficacia de esas leyes que la alegación y cumplida prueba corra a cargo del demandado en su contestación a la demanda, como excusa para no ejecutar su prestación (sin descartar que el actor solicite la declaración de inejecutabilidad de la obligación debida). Más raramente la norma imperativa extranjera aparecerá en la demanda (y siempre según los procedimientos usuales). Pero a partir de aquí lo único que queda es, en su caso, un debate en torno a su tenor exacto, en la medida en que se discuta sobre las condiciones de aplicabilidad o toma en consideración. Si al final quedan dudas, *vid. infra*. Dicho lo cual, cabe apuntar dos vías interpretativas: a) No debería abrirse un trámite específico para dar la oportunidad de hacer alegaciones a quien nada adujo, precisamente por lo visto *supra*, y es que si la norma de conflicto es imperativa, su obligación era tenerlas en cuenta; b) A mi juicio, sin embargo, la regla del art. 9 RRI diseña un modelo de solución de los problemas internacionales ontológicamente imprevisible en su indefinición, y más ahora que en lo esencial se ha vuelto al sistema del CR<sup>43</sup>. Eso es algo que no puede ser ignorado por el legislador, de modo que la ignorancia en las primeras actuaciones del proceso sobre cuáles son las leyes de policía de un tercer Estado que van a ser consideradas o aplicadas no puede perjudicarles. En ese sentido, habría que articular mecanismos en los sistemas procesales nacionales que permitieran debatir sobre aquello que no pudieron advertir en un primer momento (de nuevo el antejuicio de derecho internacional privado), o usar los cauces ya previstos si menester fuere. Aparte los casos en que se formule reconvencción -donde bastará el trámite de la contestación a la demanda reconvenccional- y de las alegaciones complementarias aludidas en el art. 426 LEC, el art. 265.3 LEC entendido con generosidad debe servir de cauce para que el actor aporte tardíamente cuantas informaciones sean pertinentes sobre el contenido y vigencia (entiéndase incluido todo lo relativo a requisitos y condiciones intrínsecas) del Derecho extranjero alegado por el demandado. Ni que decir tiene que en todo caso será conveniente solicitar la celebración de la vista para después, si se entiende oportuno, apartarse de la solicitud. Lo que no resulta admisible es que, amparándose en que el debate es

<sup>42</sup> Así sentencia de la *Cour de Cassation* de 16 de mayo de 2007: como protegen algo más que los intereses estatales, tienen que ser alegadas por las partes.

<sup>43</sup> Con razón se puede hablar de un derecho internacional privado oneroso, en la medida en que se litiga con arreglo a un Derecho cuya aplicación es imprevisible: *Cfr.* A. L. CALVO CARAVACA, "Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas", en *REDI*, 2016, p. 134.



estrictamente jurídico, se rechace su práctica (argumento *ex art. 438.4 LEC*, que parece excluirla en tales casos). No está en manos del juez decidir si se respeta o no el derecho de audiencia<sup>44</sup>.

A partir de aquí pueden distinguirse dos situaciones:

1-Si se discute sobre si la prueba es exhaustiva, perfecta. Se trata de que no haya dudas sobre el tenor, la vigencia y aplicabilidad (que quede clara su imperatividad, su voluntad de ser aplicada) de la ley extranjera. En la medida en que la parte ha cumplido con su tarea al alegar y aportar al menos un principio de prueba, y siendo verosímil la relevancia de la norma controvertida, la obligación del juez es auxiliar en la investigación (STC 10/2000)<sup>45</sup>. El art. 35 LCJIMC habilita un mecanismo de información adicional que permite al operador tener conocimiento suficiente de las normas controvertidas. El principio de cooperación leal no altera el art. 9 RRI, como bien dice el TJUE, pero refuerza las obligaciones del tribunal nacional en punto a información y prueba de la ley extranjera. No es imaginable, en fin, que las reglas de la sana crítica sirvan para saber si una norma como la que estamos tratando existe o no, cómo se interpreta o cuándo se aplica, diga lo que diga el art. 33.2 LCJIMC. En consecuencia, si no se consigue obtener un conocimiento perfecto de las leyes extranjeras, entramos en la hipótesis segunda.

2-Si nada se consigue averiguar ni se logra una prueba satisfactoria, el párrafo 3 del art. 33 LCJIMC permite excepcionalmente que sea aplicado el Derecho español. Más allá del hecho de que las leyes de policía del foro han sido ya aplicadas, es claro que esta disposición piensa en la ley rectora del fondo de un asunto y no en reglas complementarias de la *lex causae*, por lo que no vale para las hipótesis que

---

<sup>44</sup> Otra posible vía sería la del hecho nuevo o de conocimiento tardío, cuyo régimen legal (o sea, los arts. 286 y 426.4 LEC) puede ser trasladado a las leyes de policía extranjeras dictadas o cuya entrada en vigor se hubiere producido con posterioridad a aquellos escritos, con un par de precisiones: 1. En cuanto al tratamiento procesal, el legislador ha optado por someter el Derecho extranjero al propio de los hechos, equiparándolos, y en ese sentido, es como si fuera un hecho y entraría en el supuesto fáctico de la norma; 2. La regla es que no debería atenderse a normas no en vigor en el momento de la celebración del contrato, pero es claro que las leyes de policía pueden ser posteriores y tener voluntad de incidir en situaciones ya constituidas; 3. Si esas normas sobrevenidas alteran sustancialmente el equilibrio entre las partes y convierten en inviable una pretensión del actor, lo único que cabe es el desistimiento, nunca la alteración del *petitum*.

<sup>45</sup> Si desde el primer momento se advierte que la norma no entra en el supuesto de hecho del art. 9 RRI o no es susceptible de consideración por motivos de fondo, parece claro que no será necesario dilapidar recursos y tiempo. La resolución descartará su entrada en juego sin más, y sin perjuicio de la posibilidad de impugnación. En caso de duda, parece razonable optar por la interpretación restrictiva: *Cfr. I. GUARDANS CAMBÓ, Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, 1992, p. 554.

estamos tratando. Considerado el alcance territorial del art. 9 RRI, no será tan extraño que no se pueda lograr ese grado de conocimiento requerido, de modo que la solución de reemplazo es que no existe solución de reemplazo. Las alternativas (desestimar la demanda, acudir a un ordenamiento de la misma familia jurídica o a principios generales del Derecho) no valen. La respuesta es que simple y llanamente no se atiende a pretendidas leyes de policía extranjeras: Al fin y al cabo, tampoco era obligatorio darles aplicación. Lo claro es que no se puede forzar la investigación judicial hasta el punto de generar insoportables dilaciones o dilapidar recursos. Los problemas vendrán, en su caso, si se pretende ejecutar la sentencia del foro en el país cuyas leyes de policía no han sido consideradas, pero es diáfano que en el ámbito geográfico al que de modo prevalente quiere servir el RRI ese déficit de conocimiento difícilmente se va a dar.

#### IV. Las lecciones de la sentencia

Visto lo cual, se podría hablar de una sentencia plana, sin aristas ni voluntad de entrar en grandes complejidades, pero que genera cierta incomodidad.

1. A día de hoy parece que el TJUE opta por continuar con una comprensión amplia de las leyes de policía del art. 9 RRI, idónea para atender intereses particulares y no sólo de carácter público. Nada hace pensar que rechaza la duplicación de fuentes de protección. Por supuesto que los antecedentes de esta norma no invitaban –*rectius*, no permiten- explorar ese camino, de modo que es augurable que no sea su última palabra en la materia.

2. No queda duda de que cuando se reclaman las leyes de policía se habla de las del foro y las del lugar de ejecución de las obligaciones. No existe forma alguna para dar entrada a otras disposiciones de este tipo en tanto que normas jurídicas; pero mientras que el Tribunal acredita contención en cuanto a las primeras, ha extendido –elevándolo- el nivel de eficacia de las segundas, y donde el legislador escribe dar efecto la sentencia comentada lee aplicar. En consecuencia, el margen de apreciación discrecional que existía con el CR ha quedado fulminado.

3. Nada obsta a que se dé contenido a las normas de la *lex causae* acudiendo a leyes de policía de otros Estados diferentes a los anteriores. Corresponde a este ordenamiento decidir si y cómo entran en juego y con qué consecuencias. En la normalidad de los casos su utilidad estribará en servir como excusa frente a la alegación de incumplimiento de una obligación.

4. Justamente por ser esa la forma usual de entrar en juego en un litigio es por lo que no deberán surgir grandes dudas en punto a su tratamiento procesal. O sea, lo

habitual será que un demandado aporte cumplida prueba de su contenido y vigencia. Pero, fuera de tales supuestos, ni la pretendida aplicabilidad de oficio de las normas internacionalmente imperativas es verosímil ni la solución de reemplazo prevista en la ley española para los supuestos de fracaso probatorio es real y efectiva.