

## EL FRACASO DE LA ELECCIÓN DEL DERECHO A LA LUZ DEL REGLAMENTO ROMA I Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Rosa MIQUEL SALA, LL.M.

Wissenschaftliche Mitarbeiterin  
Universität Bayreuth

SUMARIO: I. Introducción. II. Contenido de la Sentencia *Alsthom Atlantique*. ¿Se pretendía crear una excepción general? III. Asunción del riesgo de la internacionalidad. 1. Derecho aplicable a la validez y al perfeccionamiento del acuerdo de elección del Derecho. 2. Limitación de la autonomía conflictual. 3. Control del acuerdo de elección realizado en condiciones generales. 4. Aplicación de la doctrina general del negocio jurídico: A) Vicios de la voluntad: a) Error; b) Dolo, intimidación; B) Nulidad absoluta o radical de la elección del Derecho. 5. Conclusión sobre la relevancia del fracaso de la elección del derecho. IV. Autonomía conflictual como excepción al control de la conformidad con las libertades fundamentales. 1. Dificultades de su puesta en práctica. 2. Ausencia de control de la conexión objetiva. 3. ¿Debe controlarse el Derecho material dispositivo? 4. Conveniencia del traslado del control de la conformidad con el Derecho comunitario del TJCE a los intervinientes en el tráfico jurídico. V. Resumen y conclusiones.

RESUMEN: De acuerdo con un *obiter dictum* contenido en la sentencia *Alsthom Atlantique*, parece que la autonomía conflictual excluye el control por parte del TJCE de una posible limitación de las libertades fundamentales por parte del derecho elegido. Este artículo analiza las implicaciones y la conveniencia de esta regla, que no toma en consideración aquellos casos en los que pese a la existencia de libertad de elección del derecho las partes no han podido en realidad evitar la aplicación del ordenamiento en cuestión. Con la finalidad de esclarecer hasta qué punto las partes deben asumir el riesgo de la aplicación de normas contrarias al Derecho comunitario, se abordan las cuestiones de la admisibilidad y la validez del acuerdo de elección del derecho bajo el Reglamento Roma I y el Derecho civil español, concluyendo que en general puede esperarse de las partes que asuman el riesgo de la elección del Derecho. Posteriormente, se trata de los problemas prácticos de la aplicación de esta doctrina y se exponen los argumentos a favor y en contra de un control del Derecho dispositivo por parte del TJCE.

PALABRAS CLAVE: ACUERDO DE ELECCIÓN DEL DERECHO – VALIDEZ – DERECHO APLICABLE – LIBERTADES FUNDAMENTALES – DERECHO IMPERATIVO – DERECHO DISPOSITIVO.

ABSTRACT: According to an *obiter dictum* in the decision *Alsthom Atlantique*, it seems that party autonomy excludes the control by the ECJ of a possible limitation of the fundamental freedoms by the chosen law. This paper analyses the implications and the convenience of this rule, not considering the cases in which despite freedom of choice of law the parties have not been able to avoid the application

*of the given legal system. In order to find out to what extent the parties should carry the risk of the application of rules which are contrary to community law, it focuses on the issues of the admissibility and the validity of the choice-of-law agreement under the Rome I Regulation and the Spanish civil law. Later on, the paper discusses the practical problems of the application of this doctrine and the arguments in favour and against of the control of dispositive law by the ECJ.*

KEYWORDS: CHOICE OF LAW AGREEMENT – VALIDITY – APPLICABLE LAW – FUNDAMENTAL FREEDOMS – IMPERATIVE LAW – DISPOSITIVE LAW.

## I. Introducción

La autonomía conflictual, entendida como un requisito necesario para la creación de un mercado interior conforme el principio de una economía abierta y de libre competencia (art. 119 TFUE) se afianza cada vez más como principio general de conexión en los recientes instrumentos europeos. Prueba de ello se encuentra por ejemplo no solamente en el art. 3 del Reglamento Roma I, sino también en el art. 14 del Reglamento Roma II, el art. 5.1º del Reglamento Roma III o en el art. 17 de la Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Sin embargo, a esta mayor libertad no se ha accedido, por lo que parece, sin pagar un coste importante, ya que de la Sentencia del TJCE *Alsthom Atlantique*<sup>1</sup> se puede extraer que la existencia de libertad de elección del Derecho tiene como consecuencia la automática expulsión de las normas de Derecho material elegidas del ámbito del examen del Tribunal.

Ya desde su aparición en 1991, dicha sentencia ha sido objeto de un incesante debate. En especial, se le ha reprochado que no tenía en cuenta aquellos casos en los que en la elección del Derecho concurre un vicio de la voluntad, con lo que las partes no han podido en realidad evitar la aplicación de ese ordenamiento en concreto. Dicho en otras palabras, se echaba en falta la consideración del posible fracaso de la elección del Derecho<sup>2</sup>. El presente artículo tiene por objeto abordar de nuevo críticamente los postulados del TJCE en el citado asunto, lo que exige en primer lugar investigar la cuestión de hasta qué punto asumen las partes en el tráfico transfronterizo el riesgo de la internacionalidad (III), y en segundo lugar dilucidar si es razonable que a este riesgo se le sume el de la no conformidad de las normas imperativas del Derecho elegido con el Derecho comunitario (IV). Para ello va a tratarse, tras exponer brevemente el contenido de la Sentencia *Alsthom Atlantique* (II), de la cuestión del Derecho aplicable a la validez y al perfeccionamiento del acuerdo de elección del Derecho, de la limitación de la

<sup>1</sup> STJCE 24 de enero de 1991, as. C-339/89: *Alsthom Atlantique*, Rec. 1991, p. 107, n. 15.

<sup>2</sup> C.U. Schmid, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 471.