



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

## **TESIS DOCTORAL**

# **La ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección. El artículo 4 del Reglamento Roma I**

**Autor:**

**William Fernando Martínez Luna**

**Directora:**

**Esperanza Castellanos Ruiz**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO SOCIAL E INTERNACIONAL PRIVADO**

**Getafe, mayo 2012**



**TESIS DOCTORAL**

**LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN DEFECTO DE  
ELECCIÓN. EL ARTÍCULO 4 DEL REGLAMENTO ROMA I.**

Autor: William Fernando Martínez Luna

Directora: Esperanza Castellanos Ruiz

Firma del Tribunal calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Vocal:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe

de

de



*A mi linda esposa y toda mi familia.*



# ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	17
ABSTRACT.....	23
INTRODUCCIÓN.....	27

## TITULO I

### LA NORMA DE CONFLICTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

#### CAPITULO I

#### REFLEXIONES SOBRE LA NORMA DE CONFLICTO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO UNIFORME

I. INTRODUCCIÓN .....	45
II. LA NORMA DE CONFLICTO. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DIPR. UNIFORME.....	47
1. Características de la norma de conflicto.....	52
2. Estructura de la norma de conflicto.....	55
A. Supuesto de hecho de la norma de conflicto.....	56
B. Punto de conexión de la norma de conflicto.....	57
C. Consecuencia jurídica.....	60
III. LA NORMA DE CONFLICTO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. ....	61
1. Unificación del Derecho internacional privado en la Unión Europea. ....	61
A) La integración de las normas jurídicas de la Unión Europea..	61
B) Derecho Internacional Privado en la Unión Europea. Del Art. 220 TCE al Art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la UE.....	67

<b>2. El Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.</b> .....	<b>79</b>
<b>A) Aspectos introductorios.</b> .....	<b>79</b>
<b>B) Antecedentes del Convenio de Roma.</b> .....	<b>81</b>
<b>C) Caracteres básicos del Convenio de Roma.</b> .....	<b>85</b>
<b>D) Principales problemas del Convenio de Roma.</b> .....	<b>93</b>
a) Interpretación heterogénea.....	93
b) Carácter erga omnes.....	95
c) No era en sentido estricto Derecho de la Unión Europea....	96
<b>E) Transformación del Convenio de Roma en un Reglamento de la Unión Europea.</b> .....	<b>97</b>
a) Ventajas de la transformación del Convenio de Roma en un Reglamento de la Unión Europea.....	97
a') Mayor coherencia en la política legislativa de la Unión Europea en materia de DIPr.....	97
b') Competencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ....	99
c') Facilitar la aplicación de normas de conflicto uniforme en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea. ....	101
b) Elección del instrumento jurídico de la Unión Europea para transformar el Convenio de Roma.....	102

## **CAPITULO II**

### **EL REGLAMENTO ROMA I SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES**

<b>I. ASPECTOS GENERALES.</b> .....	<b>107</b>
1. Introducción.....	107
2. Cronología del nacimiento del Reglamento Roma I.....	108
3. Objetivo de Reglamento Roma I.....	112
4. Caracteres básicos del Reglamento Roma I. ....	112
5. Base jurídica del Reglamento Roma I.....	116
6. El Reglamento Roma I y su relación con el mercado interior.	119
7. Interpretación del Reglamento Roma I. ....	121
A) El papel del TJUE en la interpretación del Reglamento Roma I. ....	121
B) El Convenio de Roma y su función interpretativa del Reglamento Roma I.....	122



---

8. La relación del Reglamento Roma I con otros instrumentos de Derecho Internacional Privado.....	124
A) Normas jurídicas de la Unión Europea.....	124
B) Convenios internacionales.....	125
a) Convenios Internacionales preexistentes al Reglamento Roma I.....	126
b) Convenios internacionales posteriores al Reglamento Roma I.....	128
<b>II ESTRUCTURA GENERAL Y ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I.....</b>	<b>131</b>
1. Estructura general.....	131
2. Ámbitos de aplicación del Reglamento Roma I.....	133
A) Ámbito de aplicación espacial.....	133
B) Ámbito de aplicación temporal.....	138
a) Contratos celebrados antes del 17 de diciembre de 2009. .	138
b) Contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993. .	139
c) Posturas jurisprudenciales.....	140
C) Ámbito de aplicación material.....	142
a) Ámbito de aplicación material en la Propuesta de Reglamento Roma I.....	142
b) Ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I. ....	144
a') Obligaciones contractuales de carácter civil y mercantil.	145
b') Obligaciones excluidas.....	147
c') Situaciones que presentan un conflicto de leyes.....	154
d') Internacionalidad del contrato en el Reglamento Roma I.	158
c ) Ámbito de aplicación personal.....	161
a') Aplicación universal.....	162
b') Conflicto de leyes de carácter interno.....	166
c') Inaplicación de las normas de DIPr. relativas a la contratación internacional contenidas en la legislación interna.....	167
d') La norma de conflicto en el Derecho interno de los países miembros de la Unión Europea.....	170

**TÍTULO II**  
**LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL EN**  
**DEFECTO DE ELECCIÓN EN EL REGLAMENTO ROMA I**

**CAPITULO I**  
**LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL EN**  
**DEFECTO DE ELECCIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN**  
**EUROPEA.**

<b>I. CONSIDERACIONES INICIALES. ....</b>	<b>177</b>
<b>II. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO EN DEFECTO DE ELECCIÓN EN</b> <b>EL CONVENIO DE ROMA DE 1980. ....</b>	<b>186</b>
1. La estructura del artículo 4 del Convenio de Roma. ....	186
2. Principales problemas del artículo 4 del Convenio de Roma....	194
A) Las presunciones. ....	194
B) La teoría de la prestación característica. ....	195
C) La cláusula de escape.....	197
D) Ausencia de previsibilidad de la norma de conflicto. ....	198
<b>III. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO EN AUSENCIA DE ELECCIÓN</b> <b>EN EL REGLAMENTO ROMA I.....</b>	<b>199</b>
1. Aspectos introductorios. ....	199
2. Supuestos de aplicación del artículo 4 del Reglamento Roma I.	
.....	200
A) Ausencia de elección de la Ley del contrato. ....	201
B) Elección parcial de la ley del contrato.....	202
C) Elección anómala de la ley del contrato.....	203
3. Creación del artículo 4 Reglamento Roma I.....	204
A) Libro Verde sobre Transformación del Convenio de Roma en	
instrumento de la Unión Europea. ....	204
B) El Artículo 4 en la Propuesta de Reglamento Roma I. ....	210
C) Texto final del artículo 4 Reglamento Roma I. ....	212
D) Estructura del artículo 4 Reglamento Roma I. ....	214
a) Puntos de conexión rígidos. Ocho principales contratos... 216	
b) Contratos distintos a los ocho. ....	217
c) Cláusula de excepción. ....	218

d) Contratos por fuera de los ocho y sin prestación característica.....	218
---	-----

## CAPITULO II

### LOS PUNTOS DE CONEXIÓN RÍGIDOS Y LA PREVISIBILIDAD DEL DERECHO APLICABLE.

I. INTRODUCCIÓN.....	221
II. LOS OCHO CONTRATOS PRINCIPALES DEL ARTÍCULO 4.1	
REGLAMENTO ROMA I.....	226
1. Ley aplicable.....	226
A) Favorecer a una de las partes del contrato.....	229
B) Establecer la Ley más previsible.....	231
2. Conveniencia de crear una lista distinguiendo tipos contractuales.....	232
3. El rol de la teoría de la prestación característica en el artículo 4.1 Reglamento Roma I.....	234
4. Aplicación práctica del artículo 4.1 Reglamento Roma I.....	236
5. La residencia habitual en el Reglamento Roma I.....	238
A) La residencia habitual de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas.....	240
B) Sociedades, asociaciones o personas jurídicas con sucursales o establecimientos en varios países.....	241
C) La residencia habitual de las personas físicas.....	241

## CAPÍTULO III

### LAS NORMAS RÍGIDAS SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y FRANQUICIA EN EL REGLAMENTO ROMA I.

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS. LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL.....	243
II. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.....	246
1. Introducción.....	246
2. Delimitación conceptual.....	248
3. Obligaciones de las partes.....	253

---

A) Obligaciones del distribuidor.....	254
B) Obligaciones del concedente.....	255
4. Clases de contrato de distribución.....	255
<b>II. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN DEFECTO DE ELECCIÓN EN EL CONVENIO DE ROMA DE 1980.....</b>	<b>256</b>
1. Consideraciones iniciales.....	256
2. El contrato de distribución tenía prestador característico. ....	258
A) El prestador característico era el concedente. ....	258
B) El prestador característico era el distribuidor. ....	262
a) Razones de índole funcional.....	262
b) Razones de índole conflictual. ....	263
2. El contrato de distribución no tenía prestación característica. ....	265
A) Nueva presunción basada en el Art. 4.5 del Convenio de Roma. ....	266
B) Determinación de la Ley aplicable caso a caso.....	266
<b>III. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN EL REGLAMENTO ROMA I.....</b>	<b>267</b>
1. Aspectos introductorios. ....	267
2. Calificación del contrato de distribución. ....	270
3. Relaciones jurídicas cubiertas por el Art. 4.1.f del Reglamento Roma I.....	271
A) Contratos de distribución o concesión mercantil en exclusiva. ....	272
B) Contrato de distribución o concesión mercantil no exclusiva, o selectiva.....	273
C) Contrato de licencia cinematográfica.....	273
D) Contrato estimatorio. ....	274
<b>IV. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.....</b>	<b>274</b>
1. Aspectos introductorios. ....	274
2. Delimitación conceptual. ....	275
3. Ventajas de la Franquicia.....	281
4. Obligaciones de las partes. ....	284
A) Obligaciones del franquiciador. ....	285
B) Obligaciones del franquiciado. ....	286
<b>V. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL DE FRANQUICIA BAJO EL CONVENIO DE ROMA DE 1980.....</b>	<b>287</b>
1. La prestación característica la llevaba a cabo el franquiciador.....	288
2. La prestación característica la llevaba a cabo el franquiciado. ....	289
3. El contrato de franquicia no tiene prestador característico. ....	290

<b>VI. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL REGLAMENTO ROMA I.....</b>	<b>291</b>
1. Consideraciones preliminares. ....	291
2. Relaciones jurídicas cubiertas por el Art. 4.1e Reglamento Roma I. ....	294
A. Franquicia de producción.....	294
B. Franquicia de distribución.....	295
C. Franquicia de servicios.....	296
D. Franquicia Máster o principal.....	296
E. Franquicia corner.....	297

## **CAPITULO IV**

### **LEY APLICABLE A CONTRATOS DISTINTOS CON PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA**

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>299</b>
<b>II. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 4.2 REGLAMENTO ROMA I.....</b>	<b>300</b>
1. El contrato no es encuadrable dentro del artículo 4.1 del Reglamento Roma I.....	301
2. Contratos con elementos correspondientes a más de un contrato de la lista de los ocho. ....	302
A) Aplicación extensiva del Art. 4.1 Reglamento Roma I mediante la identificación del contrato dominante.....	303
B) Aplicación directa de la teoría de la prestación característica. .....	303
C) Determinación de la prestación característica a los contratos mixtos.....	304
3. Contratos que pueden enmarcarse dentro de los ocho pero que no puede operar por “motivos técnicos”.....	306
<b>III. LA TEORÍA DE LA PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA.....</b>	<b>306</b>
1. Aspectos introductorios. ....	306
2. Evolución de la teoría de la prestación característica. ....	308
3. La prestación característica en el Convenio de Roma de 1980. 311	
A) Justificación del punto de conexión residencia habitual del prestador característico en el Convenio de Roma.....	320
B) Problemas de la teoría de la prestación característica. ....	323
C) La prestación característica en la jurisprudencia del Convenio de Roma. ....	326

<b>4. La teoría de la prestación característica en el Reglamento Roma I.</b>	<b>332</b>
<b>A) Modificación de la teoría de la prestación característica en el Reglamento Roma I.</b>	<b>334</b>
a) El centro de gravedad del contrato.	335
b) Determinación de la prestación característica en el Reglamento Roma I.	336
<b>B) La teoría de la prestación característica y la previsibilidad de la ley aplicable al contrato internacional.</b>	<b>338</b>
a) Previsibilidad de la teoría de la prestación característica en los contratos con un intercambio simple de cosas o servicios por dinero.	338
b) Previsibilidad de la teoría de la prestación característica en los contratos que no responden a un intercambio simple de cosas o servicios por dinero.	339

## **CAPÍTULO V**

### **LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN EL ARTÍCULO 4**

#### **REGLAMENTO ROMA I.**

<b>I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS.</b>	<b>341</b>
1. Consideraciones iniciales.	341
2. Cláusula de excepción en normas internas e internacionales.	344
A) La cláusula de excepción en las normas internas.	344
B) La cláusula de excepción en las normas de fuente internacional.	346
3. La cláusula de escape en el Convenio de Roma de 1980.	347
A) Modelo de presunciones débiles (Weak Model).	350
B) Modelo de presunciones fuertes (Strong Model).	361
C) Caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen y otros.	369
a) Litigio principal y cuestiones prejudiciales.	369
b) Respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	371
c) Consideraciones críticas.	371
<b>II. LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN EL REGLAMENTO ROMA I ....</b>	<b>374</b>
1. La cláusula de excepción en la Propuesta de Reglamento Roma I.	374
2. El artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera cláusula de excepción.	376

---

A) Vínculos manifiestamente más estrechos. ....	378
B) Desprenderse claramente de las circunstancias del caso. ...	379
C) Prueba del vínculo manifiestamente más estrecho. ....	381
D) Aplicación práctica de la cláusula de excepción en el artículo 4 Reglamento Roma I.....	382

## CAPÍTULO VI

### LA CLÁUSULA DE CIERRE.

I. INTRODUCCIÓN. ....	391
II. CLÁUSULA DE CIERRE EN EL CONVENIO DE ROMA DE 1980. ....	391
III. CLÁUSULA DE CIERRE EN EL REGLAMENTO ROMA I.....	396
IV. EL PRINCIPIO DE PROXIMIDAD Y LA REGLA DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS.....	400
1. Aspectos introductorios. ....	400
2. Determinación de la Ley más vinculada con el contrato. Relevancia de los puntos de conexión.....	403
CONCLUSIONS.....	409
BIBLIOGRAFÍA.....	441
JURISPRUDENCIA.....	473





## ABSTRACT

1. The norms about applicable law to international contracts of the European Union were showed during many years in an International Convention (Rome Convention of 1980). Such Convention was a direct answer to the problems presented by forum shopping, this means, the fraudulent location of the juridical relation in the country in which the conflict norm identifies the more favorable Law to its interests.

The Article 4° of the Rome Convention was a novelty provision that tried to conciliate two different juridical tends, the *Civil Law* and the *Common Law*, through the inclusion of the closer connections rule, which was modulated by some suggestions, where the characteristic performance theory was its main reference. This provision was a great tool in order to determine the Applicable Law to the contract during its 20 application years; however and in spite of its undeniable contribution, the erroneous application by the courts transformed a novelty solution in a part of the problem.

Thus, the juridical security of the European Union that the Rome Convention tried to protect was affected, specially by the heterogenous application of the Article 4° of Rome Convention . Such provision was surrounded of a great doctrinal and jurisprudencial discussion, mainly focused between the closer connections rule and the presumptions by one side, and the application of the characteristic performance theory on the other hand. In this way, the Article 4° of the Rome Convention did not identify the applicable law to the contract with a highest degree of predictability, which imposed to the contracting to assume an increasing in the international suits costs.

2. The Rome I Regulation has replaced to the Rome Convention of 1980 with a double objective: to include the norms about applicable law to the international contracts in the proper Law of the European Union and to

introduce modifications which allow to solve the different problems presented in the application of the Rome Convention.

3. The work object of study has as first objective to study the role executed the uniform conflict norms in the inner of European Union Law. Particularly, will be examined the features that characterize the modern conflict norms and its influence in the legal uniformity process to inner of European Union Law. The second objective of this thesis is to analyze the new structure of the Article 4° of Rome I Regulation from a doctrinal and jurisprudencial study of the Article 4° of Rome Convention in order to identify and examine the main problems presented by this provision in order to verify if the changes made to the Article 4° of Rome Regulation supply a real solution to such problems. Specially, the work is focused to determine if the Article 4° of Rome I Regulation is a conflict of law rule predictable for the contracting which guarantee the juridical security of the international exchanges.

4. The structure of this work goes from the study of key questions about uniform conflict norms. The first title starts with an introduction chapter comprising the basic notions of the conflict norm from the point of view of the modern unified Private International Law. Later, there is a searching on the role executed by Private International Law. In the current norms unification process in the European Union enhancing the importance of the competence of the European Union in order to unify Private International Law norms and specially, about laws conflict. Below, there is the study of the uniform texts that joint the provisions about the applicable law to the international contracts in the European Union. It begins with a reference to the Rome Convention of 1980, taking its antecedents, its main characteristics, enhancing the main application problems, and finally, to detail the transformation process to a European Union Regulation. The following chapter of the first title comprises the study of the Rome I Regulation from the objectives proposed by the Legislator of the European Union, its main features, the new general

structure, and further, to deep in the analysis of the different application fields, which will allow to establish to which international contracts is applied the conflict norm of the Article 4° of Rome I Regulation.

The second title continues the structure in stages of the Article 4° of the Rome I Regulation and study carefully its four points. The initial point is the analysis of the rigid norms designed for eight of the most important contracts of the foreign trade, where is deep the study of two provisions contained in the Article 4° of the Rome I Regulation: distribution and franchise contracts. The work is mainly focused in these two contracts due to the Legislator of the European Union has recognized that they are the only contracts of Article 4.1 of Rome I Regulation which were object of discussion and of a divergent jurisprudence in the Rome Convention. Effectively, the designation of the applicable law to these two contractual relations was surrounded of a wide doctrinal and jurisprudential discussion regarding the application of characteristic performance theory of Rome Convention. For this reason, has been taken its study in order to determine the scope that designation of the rigid provisions have in the identification of the applicable law to the international contracts of the European Union.

Later, is studied the applicable law to the contracts do not covered by the first point of the Article 4° of the Rome I Regulation; for such situations, the Regulation uses the characteristic performance theory in order to identify the *lex contractus*, which has suffered great changes of enormous importance. Following, is analyzed the exception clause which has been reformulated by the Rome I Regulation in order to solve the problems presented in the escape clause of Rome Convention. Finally, is examined the closing clause last resort clause, final stage of the Article 4° of Rome I Regulation and of the investigation work.

The analysis of all these chapters is made from a similar structure. In first place, from the content of the Rome Convention, examining its juridical figure and identifying the problems presented in the provision application; then, the changes introduced in the Rome I Regulation are identified and finally is made a diagnosis of the provision application in order to establish if it meets with the objective presented by the Legislator of the European Union.

5. This work can conclude that the modifications in the Rome I Regulation allow to affirm that overall objective of Regulation "unify the provisions on the law applicable to international contracts in the EU, to ensure the legal certainty which will contribute to the proper functioning of the internal market", has been fulfilled since the European Union benefit from provisions on the law applicable to international contracts much more predictable than the contained in the Rome Convention. Accordingly, this work reveals that the changes made to article 4 Rome I Regulation have real capacity to solve major problems that were presented in the implementation of article 4 Rome Convention, because achieve predictability and agility with the rigid designation of the applicable law by articles 4.1 and 4.2 Rome I Regulations, through the broad interpretation of the eight most important international trade contracts, and apart from greater application that has the theory of the characteristic performance given the inclusion of the concept of center of gravity. In addition, the discretionary power of the judge to dismiss the appointment of law done by general standards through the armored exception clause is limited, and preserves the rule of closest connections as a final solution in the the last resort clause, allowing a necessary margin of flexibility in the designation of the applicable law.

Finally, as with Art. 4 Rome I Regulations considerably increases the predictability of the applicable law, and to provide a homogeneous application of the precept by judges of the Member States (corrected eventually by the Court of Justice of the European Union), undoubtedly this

provision increases the legal certainty of the EU, the main objective of the Rome I Regulation. In this way, it contributes to the free movement of judicial decisions as the cornerstone for achieving an area of freedom, security and justice in the EU.



## ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho civil
AEDIPr	Anuario español de Derecho internacional Privado
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BOE	Boletín oficial del Estado
CB	Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
CC	Código Civil
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional
CMLR	Common Market Law Review
CR	Convenio de Roma de 19. VI. 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.
CV	Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías.
DIP	Derecho Internacional Público

DIPr.	Derecho Internacional Privado
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
GCLR	Global Competition Litigation Review
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
R44/2001	Reglamento 44/ 2001 sobre competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
RCNEM	Revista del Colegio de Notarios del Estado de México
RCrDIP	Revue critique de droit international privé
RDM	Revista de Derecho mercantil
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
RES	Revista Española de Seguros
Rev.dr.aff.int	De Droit des affaires internationales
RJE	Revista jurídica española
RPJ	Revista del Poder judicial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial



SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TCE	Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
YPIL	Yearbook of Private International



## INTRODUCCIÓN

1. En los últimos años la sociedad mundial ha experimentado un vertiginoso proceso evolutivo conocido como la “globalización”, que ha afectado no solamente el tradicional modelo de los negocios internacionales, sino que ha incidido directamente en todos los ciudadanos, pues aunque ostenta un carácter general, es esencialmente un “fenómeno social”<sup>1</sup>. Este proceso de “mundialización” ha venido eliminando “las barreras económico-políticas a la libre circulación de factores productivos”, y ha permitido la disminución de las distancias físicas por medio de avances tecnológicos, en especial, del sector de las telecomunicaciones. Por eso, a pesar de que el mundo continúa dividido en Estados, con un poder ejecutivo, legislativo y judicial independiente, esta segmentación del territorio mundial es considerada actualmente como “artificial” desde dos ópticas distintas: la óptica económica y personal. En el primer caso, las fronteras políticas no han limitado la existencia de un mercado global, pues al eliminarse las barreras a los intercambios comerciales internacionales, los factores de producción pueden circular sin restricciones. En el segundo caso, las personas pueden relacionarse libremente sin que los límites territoriales sean ahora un obstáculo insalvable. Es por eso, que el fenómeno de la globalización ha potenciado las relaciones internacionales ya sea de índole patrimonial o personal<sup>2</sup>. Lo anterior, ha provocado la existencia de una liberalización de los intercambios comerciales, elevando el número de las transacciones internacionales de bienes y servicios, y a su vez,

---

<sup>1</sup>A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)", *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, diciembre 2003, nº 002, pp. 165-195, concr. p. 166.

<sup>2</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Globalización y Derecho Internacional privado en el siglo XXI", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*. nº 22, 2004. pp. 17-58, concr. p.37.

incrementando el flujo transfronterizo de capitales, que se desenvuelve, ya no en mercados individuales y perfectamente delimitados, sino en una irreversible tendencia al mercado único<sup>3</sup>.

2. El comercio trasnacional se ha constituido en el pilar más importante de la economía nacional. En efecto, todas las actividades económicas contribuyen a la prosperidad de un país, sin embargo, el comercio internacional se ubica en el punto más alto de importancia, toda vez permite a la población disfrutar de bienes que de otra manera les hubiese resultado imposible, ya sea por la ausencia de las materias primas idóneas, o la falta de la tecnología necesaria para su producción. Justamente esta demanda internacional de bienes y servicios constituye el motor que estimula la economía permitiendo su crecimiento, generando mayor empleo, y en definitiva, forjando riqueza para las naciones<sup>4</sup>. Por esta razón, el proceso de “globalización” y “descentralización productiva” ha estimulado una verdadera revolución, no solamente en la manera de desarrollar el comercio internacional, el cual adquiere un alto grado de libertad, sino en la facilidad con que la población accede a los bienes y servicios<sup>5</sup>. Es por eso que, en definitiva, la globalización aumenta el bienestar de la población, al expandir el espacio donde los particulares pueden realizar el intercambio de sus recursos con un elevado grado de libertad<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>4</sup> J.C.CHUAH, *Law of International Trade: Cross-Border Commercial Transactions*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2009, p.1.

<sup>5</sup> M. J. SERRANO GARCÍA, *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales: la conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en reglamentos comunitarios*, Reus, Madrid, 2011, p. 14.

<sup>6</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, p. 33.

3. Deviene de lo anterior, un fenómeno de revalorización de la empresa, que pretende abarcar una porción del mercado que le era desconocido, mediante un incremento de su operación a nivel internacional. Con el aumento de la presencia internacional de la empresa se aprovechan las múltiples oportunidades que ofrece el mercado trasnacional. Esta intención debe ir acompañada por un completo estudio del mercado donde se pretende introducir, y de un análisis exhaustivo del medio de penetración más idóneo conforme al concreto modelo de negocio. De acuerdo a esto, la empresa puede acudir a distribuidores independientes, o a agentes que conservan un alto grado de dependencia, a modelos de colaboración empresarial como la franquicia, la prestación de servicios, o el establecimiento de sucursales o filiales, etc<sup>7</sup>.

4. Precisamente en este entorno de comercio internacional, se encuentra la figura jurídica que permite los intercambios comerciales trasnacionales: el contrato internacional. El contrato es la herramienta legal que hace posible el tránsito de los "valores patrimoniales" internacionales, es decir, permite la circulación de cosas, servicios y Derechos entre sujetos ubicados en Estados diferentes, dotando de seguridad y agilidad estos vínculos comerciales trasnacionales<sup>8</sup>. La importancia del contrato en el modelo de comercio internacional globalizado es indiscutible. En el actual contexto económico donde existe una creciente competitividad, y donde las transacciones comerciales son cada vez más ágiles y complejas, notoriamente se ven incrementados los riesgos en los intercambios

---

<sup>7</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "El Derecho del comercio internacional en el entorno de la globalización", *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, nº 5, 2000, pp. 161-230.

<sup>8</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, " El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980", en A. L. CALVO CARAVACA /L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dir.), *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-143, concr. p. 41; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992, p. 23; A. ÁVILA DE LA TORRE/ I. MORALEJO MENÉNDEZ, *Lecciones de Derecho de los contratos en el comercio internacional*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 22.

internacionales. Es por eso, que el contrato cobra importancia como medio vital de previsibilidad y seguridad, ya que los contratantes a la hora de concluir un acuerdo, han tenido la posibilidad de medir y valorar los riesgos de la operación<sup>9</sup>. Si se cuenta con un contrato idóneo, se evitarán futuras complicaciones que pongan en riesgo la colaboración comercial<sup>10</sup>.

5. Toda actividad comercial tiene inmersa una serie de “contingencias”, las cuales producen que el empresario desarrolle su actividad bajo un ambiente de incertidumbre<sup>11</sup>. Sin embargo, el comercio internacional supone asumir unos mayores riesgos en la transacción, ya que indudablemente esta relación comercial transnacional le genera más inseguridad que una operación comercial de ámbito nacional, pues se le suman las contingencias propias del comercio exterior. No obstante, un empresario estará dispuesto a asumir unos riesgos mayores, si encuentra que no obstante las dificultades, la transacción le traerá beneficios, *ad ex.*, apertura de nuevos mercados que redunde en mayores ventas<sup>12</sup>. Por lo tanto, toda actividad de comercio transnacional dependerá de la valoración y el manejo del riesgo, pues dicha valoración, viene a influir de manera directa en los costes de la actividad comercial.

El comercio internacional presenta principalmente dos clases de riesgos: el riesgo de la transacción comercial propiamente dicha y el riesgo de litigar. Sin lugar a dudas una transacción comercial a nivel internacional le impone al empresario asumir un enorme riesgo, pues debe enfrentar los

---

<sup>9</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, "Las obligaciones contractuales", en A.P. ABARCA JUNCO (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 2ª ed., Colex, Madrid, 2004, pp. 291-333, concr. p. 293.

<sup>10</sup> J.L. ROCA AYMAR, *Contratación Internacional*, Crisa, Madrid, 1994, p. 9.

<sup>11</sup> L. HERNÁNDEZ MUÑOZ, *Los riesgos y su cobertura en el comercio internacional*, FC Editorial, Madrid, 2003, p. 25.

<sup>12</sup> A.J. BALLESTEROS ROMÁN, *Comercio Exterior. Teoría y práctica*, 2ª ed., Universidad de Murcia, Murcia, 1998, p. 224.

aranceles establecidos por el gobierno receptor, asumir unas restricciones comerciales de carácter cuantitativo y cualitativo, enfrentarse a un consumidor con diferentes preferencias, sobrepasar las barreras de tipo técnico, entre otras<sup>13</sup>. Sin embargo, se considera que el mayor problema al que debe enfrentarse un comerciante internacional, es asumir el riesgo de litigar en el exterior. Este riesgo de litigar a nivel internacional está forzosamente presente en esta clase de relaciones contractuales, es oneroso y perjudicial en sí mismo, y adhiere costos a la transacción<sup>14</sup>. En efecto, litigar a nivel internacional representa asumir unas grandes incertidumbres, pues las partes desconocen ante qué tribunal deberán acudir para resolver su litigio, cuál ley será aplicable a su contrato, y si la decisión proferida podrá ser reconocida en un país diferente al del tribunal que la expidió. Todo esto produce un incremento en los costes de la operación, es lo que la doctrina ha calificado como el “coste internacional” del DIPr<sup>15</sup>. Por tal motivo, la regulación jurídica del comercio internacional adquiere vital importancia, ya que el empresario internacional necesita de unas disposiciones legales que le otorguen seguridad a la hora de emprender la aventura comercial transnacional, pues de lo contrario, “la descentralización y la pluralidad normativa” harán de la “incerteza la regla básica del tráfico externo”<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> G. RÜHL, “Contractual Obligations in European Private International Law”, en J. BASEDOW/ K. HOPT/ R. ZIMMERMANN (ed.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, puede consultarse en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1989515>.

<sup>14</sup> R. FENTIMAN, *International commercial litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 3.

<sup>15</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional...”, p. 38.

<sup>16</sup> M. VIRGOS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J.L. IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 4, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, concr. p. 5289.

6. A día de hoy, no existe un Derecho del comercio internacional común para todos los países, ni se cuenta con un tribunal que resuelva las controversias producidas en las relaciones comerciales internacionales, por ello, el comercio internacional se desarrolla con un alto grado de incerteza. Esta incertidumbre debe ser solventada por normas jurídicas que permitan que los intercambios internacionales se lleven a cabo con un elevado nivel de seguridad, para que la división del mundo en Estados que cuentan con sus propias normas legales y tribunales, no limiten el comercio transnacional<sup>17</sup>.

La búsqueda de la anhelada seguridad jurídica del comercio internacional se ha adelantado principalmente mediante dos técnicas de reglamentación jurídica: las normas materiales uniformes, y las normas de conflicto uniformes. Las primeras pretenden unificar el Derecho sustantivo para regular de forma directa el fondo de la relación internacional, de tal suerte que exista una única disposición que resuelva las controversias presentadas en los distintos ámbitos del comercio internacional. Sus principales instrumentos normativos son los tratados internacionales, y los cuerpos jurídicos propios de la UE<sup>18</sup>. Sin embargo, existe también una iniciativa coordinada directamente por los agentes económicos, esto es, los intervinientes en el tráfico comercial internacional sin que exista intervención estatal alguna, constituyendo así instrumentos de regulación de índole privado, que vienen a regular de manera directa y material algunos aspectos puntuales de la contratación transnacional, donde la denominada nueva *lex mercatoria* y el arbitraje internacional constituyen sus principales referentes<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría...*, pp. 46-49.

<sup>18</sup> G. RÜHL, "Contractual Obligations in European Private...", puede consultarse en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1989515>.

<sup>19</sup> *Vid.* M. VIRGOS SORIANO, "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla...", p. 5290; A.L. CALVO CARAVARA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contrato internacional,



Las segundas –las normas de conflicto uniformes- no ofrecen una solución directa y material al problema presentado en el comercio internacional, su función es remitir a un Derecho nacional para que éste sea el encargado de dirimir el conflicto. Estas normas de conflicto están plasmadas en Convenios internacionales y en instrumentos propios de la UE. En lo referente a las normas de conflicto uniformes de la UE, es claro que tienen un rol fundamental en el territorio judicial de la Unión Europea, pues dicha uniformidad produce que la ley aplicable a las situaciones internacionales sea la misma, sin importar el tribunal del Estado miembro que conozca del litigio<sup>20</sup>.

7. Un sector de la doctrina considera que las normas de conflicto unificadas y el Derecho material uniforme son sistemas jurídicos incompatibles y antagónicos, pues en la medida en que el Derecho material uniforme se generalice, se eliminaría uno de los principales elementos del DIPr., la pluralidad de sistemas jurídicos<sup>21</sup>. Sin embargo, aunque parece que las normas de conflicto uniforme y el Derecho material uniforme sean contrapuestos, lo cierto es que hoy en día deben ser concebidos como complementarios<sup>22</sup>.

---

nueva lex mercatoria y principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales", en A. CABANILLAS SÁNCHEZ et al., (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1539-1567, concr. p. 1542. Sobre la nueva lex mercatoria puede verse, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Los contratos internacionales y el mito de la nueva lex mercatoria, en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.) *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 55-80; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contrato internacional, nueva lex mercatoria...", pp. 1539-1567.

<sup>20</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría...*, p. 157.

<sup>21</sup> J. BASEDOW, "Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea", *Anuario español de Derecho internacional Privado*, Tomo IV, 2006, pp. 141-159, concr. p. 142.

<sup>22</sup> F. CAFAGGI/ H. MUIR-WATT, *Introduction*, en F. CAFAGGI/ H. MUIR-WATT (ed.), "Takin European private law", Edward Elgar, Cheltenham, 2008, pp. 1-38, concr. p.15.

8. El método conflictual parte de la existencia de situaciones privadas de carácter internacional que pueden ser reguladas por ordenamientos jurídicos diferentes e incluso contradictorios. Infortunadamente para el Derecho, la sociedad mundial se encuentra dividida en continentes, países, regiones, comunidades etc. Esta división, que no atiende únicamente a aspectos meramente geográficos, sino que conlleva además aspectos culturales, sociales, de idiomas, y de raza, repercute directamente en el Derecho generando el pluralismo jurídico, y éste a su vez, provoca inevitablemente el conflicto de leyes<sup>23</sup>. En el tráfico comercial internacional, el conflicto de leyes genera unos altos costes de transacción, pues la incerteza de conocer cuál Ley nacional específica regirá el destino del contrato, hace que el comerciante deba invertir en “información, negociación y control” del futuro negocio transfronterizo<sup>24</sup>.

El conflicto de leyes nace cuando a una determinada relación jurídica son perfectamente aplicables dos o más Derechos nacionales vigentes. Efectivamente, cuando un vínculo jurídico internacional tiene elementos que lo conectan con más de un país, surge la duda saber cuál de esas leyes se debe aplicar para solucionar los problemas que se presenten en el desarrollo de la relación. El conflicto de leyes parte de una idea de igualdad, es decir, el DIPr. considera que los ordenamientos jurídicos aplicables al asunto internacional presentan un grado de paridad, que deriva del concepto de la soberanía estatal, es por eso, que el DIPr. debe establecer un mecanismo

---

<sup>23</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, "Autonomía conflictual y contratos internacionales: Algunas reflexiones", en A.L. CALVO CARAVACA/ S. AREAL LUDEÑA, (dir.). *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 425-475, concr. p. 425.

<sup>24</sup> M. VIRGOS SORIANO, "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla...", p. 5289.

jurídico para determinar, dentro de los distintos ordenamientos jurídicos, cuál de ellos se aplicará para resolver la situación jurídica internacional<sup>25</sup>.

9. En el ámbito de la UE, las normas de conflicto durante muchas décadas estuvieron plasmadas en la legislación interna de cada Estado, constituyéndose en la principal herramienta para solucionar el conflicto de leyes. Sin embargo, las distintas soluciones incorporadas en las disposiciones nacionales, hicieron que las partes del contrato ubicaran de manera fraudulenta la relación jurídica en el país donde la norma de conflicto identificara la Ley más favorable a sus intereses, esto es, el *forum shopping*<sup>26</sup>. Esto produjo un elevado nivel de inseguridad jurídica, puesto que era imposible saber previamente la Ley que regularía el contrato, ya que el juez competente identificaba la Ley aplicable basado en su propia norma de conflicto<sup>27</sup>. Para solucionar este problema, se hacía necesario contar con unas disposiciones de DIPr. unificadas en materia de Ley aplicable, para que sin importar el tribunal del Estado miembro de la UE, se utilizara la misma norma para identificar la Ley del contrato.

---

<sup>25</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, *Sociedad internacional y Derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas*, Colex, Madrid, 2006, p. 9.

<sup>26</sup> Sobre el tema del *forum shopping* puede verse, C. J. BARON VAN LYNDEN, *Forum shopping*, Londres, 1998; M. CHECA MARTÍNEZ, "Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano", *RDIPP*, 1998, n° 3, pp. 521 ss.; F. FERRARI, "*Forum Shopping* et Droit matériel uniforme", *IDI*, 2002, n° 2, pp. 383 ss.; J. JASPER, *Forwll Shopping in England und in Deutschland*, Dunckler & Humblot, Berlín, 1990; P. L. KRAUSKOPF / A. TKACIKOVA, "Competition law violations and private enforcement: forum shopping strategies", *Global Competition Litigation Review*, 2011, n° 4(1), pp. 26-38; G. MECARELLI, "A propos du caractere inévitable du *forum shopping* dans la vente internationale de marchandises", *RDAl I mu*, 2003, n° 8, pp. 935 SS. ; Y K. SIEHR, "*Forum Shopping* im internationalen Rechtsverkehr", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1984, pp.133 ss. ; P. VAREILLES-SOMMIÈRES, "Le Forum Shopping devant les juridictions françaises", *TCFDIP*, 1998-1999, 2001, pp. 49-70; P. VAREILLES-SOMMIÈRES, *Forum Shopping in the European Judicial Area*, 2007.

<sup>27</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, " El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las...", p. 44.

10. Con este objetivo nació el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>28</sup>. Este importante instrumento legal tuvo una gran repercusión en el mundo jurídico y comercial, pues incrementó la seguridad jurídica de las transacciones comerciales internacionales en la UE. La gran calidad técnica y las acertadas respuestas a las necesidades conflictuales, hicieron que el CR fuera un texto abundantemente estudiado por la doctrina internacional privatista, y numerosamente aplicado por los jueces de los Estados parte, quienes han

---

<sup>28</sup> Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (versión consolidada) Diario Oficial nº C 027 de 26/01/1998 p. 0034 – 0046; sobre el CR puede verse, AA. W., "Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti, XV Tavola rotonda di Diritto Comunitario, Génova, 21-22 de mayo 1982, Padova, 1983; Th. M. DE BOER, "The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts. A Methodological Perspective", *RabelsZ*, 1990, pp. 24- 62; Consejo Nacional del Notariado (ed.), *La Convenzione di Roma sulla lege applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983; A L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El CR sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980", en A. L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dir.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 41-143; Id., "Ley aplicable al contrato internacional,., *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2003, pp. 49-96; id, "Contratos internacionales I, y "Contratos internacionales II: algunos contratos", en A L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. 11, 9." ed., Granada, Comares, 2008-2009, pp. 457-561; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/AL. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil internacional*, 2." ed., revisada y puesta al día, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 521-563; J. FOYER, "Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *JDI (Clunet)*, núm. 3, 1991, pp. 601-631; H. GAUDEMET TAILON, "Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaire de la Convention CEE núm. 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte a la signature a Rome le 19 juin 1980)", *Rev.trim. dr. europ.*, 1981, pp. 215-285; id., "La Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journées de la Societé de ligislation comparée*, 1985, pp. 287-304; A GIARDINA, "La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e il diritto internazionale privato italiano", *Riv. dir. int.*, 1981, pp. 795-820; I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, 1992; J. L. IGLESIAS BUIGUES, "Proyecto de Convenio CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *R.L.E.*, vol. 7, 1980, pp. 995-1027; E. JAYME/M. L. FORLATI PICCHIO, *Giuridizione e lege applicabile ai contratti nella CEE*, Padova, Cedam, 1990; F. K. JUENGER, "The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations", *Virginia Journ. IL.*, 1981, pp. 123-141; A. RODRÍGUEZ BENOT, "El CR de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro" en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 497-534; M. VIRGÓS SORIANO, "El CR de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO, tomo III, Madrid, 1986, pp. 753-825.

reconocido que el CR respondió fielmente a las expectativas de los contratantes internacionales y en general del comercio internacional<sup>29</sup>.

El Convenio de Roma tenía como principio rector la autonomía de la voluntad de los contratantes, y en este sentido era especialmente garantista, toda vez que le concedía a las partes del contrato un amplio abanico de posibilidades para que de mutuo acuerdo, pudiesen elegir válidamente la Ley que regularía su contrato internacional. El CR entendía que no había una Ley más previsible para las partes, que aquella que era escogida por los propios intervinientes en el comercio internacional, y esta circunstancia, producía una disminución considerable de los riesgos asumidos por el contratante, pues podía adaptar su comportamiento comercial a una Ley previamente conocida, fuera ésta su propia Ley, o una norma jurídica foránea.

No obstante, las partes del contrato no suelen hacer una válida elección de la Ley del contrato, dejando que sean las disposiciones sobre la Ley aplicable en ausencia de elección, las que determinen cuál Ley nacional regirá el destino de la obligación. Por tal motivo, y a pesar de ser una disposición subsidiaria, el Art 4 CR se constituyó en un precepto vital, pues bajo su órbita, se dio solución a una de las mayores incertidumbres que tiene un comerciante internacional: saber cuál Ley nacional regulará su contrato en defecto de elección de parte.

**11.** El Art. 4 CR fue una disposición novedosa que intentó conciliar dos tendencias jurídicas distintas, el Derecho anglosajón y el Derecho continental, mediante la inclusión de la regla de los vínculos más estrechos (*closest connection*), la cual estaba modulada por unas presunciones, donde la teoría de la prestación característica era su principal referente. Este

---

<sup>29</sup> H. KENFACK, "Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ('Rome I'), navire stable aux instruments efficaces de navigation?", *JDI Clunet*, 136, n°1, 2009, pp. 3-39, concr. p. 4.

precepto, fue una gran herramienta para determinar la Ley aplicable al contrato en sus 20 años de aplicación, sin embargo, y a pesar de su innegable contribución, la errónea aplicación por parte de los tribunales, convirtió una novedosa solución, en parte del problema.

Así pues, la seguridad jurídica de la UE que el propio Convenio pretendía proteger, se vio afectada por la heterogénea aplicación del Art. 4 CR. Dicho precepto estuvo rodeado de una gran discusión doctrinal y jurisprudencial, centrada principalmente en la relación entre la regla de los vínculos más estrechos y las presunciones por un lado, y la aplicación de la teoría de la prestación característica por el otro. De esta manera, el Art. 4 CR ya no identificaba la ley aplicable al contrato con un alto grado de previsibilidad, lo que imponía a los contratantes asumir un incremento en los costes de litigación internacional.

Aunque, como acertadamente apunta la doctrina jurídica, los problemas del Art. 4 y en general del Convenio de Roma, se le deben atribuir principalmente, más que a las carencias en su texto, a la errada aplicación por parte de los tribunales<sup>30</sup>.

**12.** Con ocasión de la transformación del CR en un Reglamento de la UE (Reglamento Roma I) como parte de las medidas necesarias para crear un espacio de “libertad, seguridad y justicia”, de acuerdo con el objetivo trazado en el Tratado de Ámsterdam (hoy Tratado de Lisboa), el plan de acción de Viena, y las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, se aprovechó para incluir algunas importantes modificaciones en

---

<sup>30</sup> A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, nº 2, Octubre 2009, pp. 52-133 concr. p.54.

el clausulado del CR, tendentes a corregir los defectos presentados en su aplicación<sup>31</sup>.

**13.** El proceso de transformación del Art. 4 CR estuvo rodeado de una amplia discusión por parte de los estudiosos del DIPr., donde dos tendencias prevalecieron: la primera, propugnaba por hacer unos leves cambios manteniendo la esencia del Convenio, esto es, conservar la regla de los vínculos más estrechos como norma general del precepto, haciendo algunas modificaciones, en especial, las que tienen que ver con la aplicación de la cláusula de escape. En contraposición, se presentó la tesis que consideraba oportuno transformar completamente el Art. 4 CR, mediante la inclusión de disposiciones rígidas que determinarían de manera ágil y directa la Ley aplicable a los contratos más importantes del comercio internacional. De igual forma, se propuso la reducción del papel que ostentaba la regla de los vínculos más estrechos.

El resultado final del Art. 4 Reglamento Roma I constituyó el mayor distanciamiento del Reglamento respecto de su antecesor el Convenio de Roma. Esta radical transformación, estuvo motivada en gran medida por la enorme desconfianza que el legislador de la UE tuvo en el operador judicial, dado los graves precedentes de la aplicación del Art. 4 Convenio de Roma; por esta razón, quiso reducir al máximo la discrecionalidad judicial.

**14.** El trabajo objeto de estudio tiene como primer objetivo estudiar el rol que desempeñan las normas de conflicto uniformes al interior del Derecho de la Unión Europea. En particular se examinan los rasgos que

---

<sup>31</sup> Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE*, de 4 de julio de 2008, núm. L 177; N. BOSCHIERO, "Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali", en P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Pádova, 2004, pp. 319-420, concr.pp. 319-320

caracterizan las normas de conflicto modernas y su influencia en el proceso de uniformidad legal al interior del Derecho de la Unión Europea.

**15.** El segundo objetivo de esta tesis consiste en analizar la estructura del Art. 4 Reglamento Roma I, partiendo de un estudio doctrinal y jurisprudencial del Art. 4 del Convenio de Roma, en orden a identificar y examinar los principales problemas que presentó esta disposición, con el fin de verificar si los cambios introducidos al Art. 4 Reglamento Roma I proporcionan una solución real a dichos problemas. En particular, el trabajo se enfoca en determinar si el Art. 4 Reglamento Roma I es una norma de conflicto *previsible* para los contratantes, que garantiza la seguridad jurídica de los intercambios internacionales. Una norma de conflicto que permita prever fácilmente a las partes la ley aplicable a su contrato internacional, reduce los costes jurídicos e incentiva la contratación internacional. No obstante, alcanzar un elevado nivel de previsibilidad de la norma de conflicto requiere asumir grandes sacrificios, pero dichos sacrificios pueden ser tolerados por los contratantes, en virtud de alcanzar la seguridad jurídica que otorgan unas normas de conflicto con un alto grado de previsibilidad.

**16.** Aunque este estudio está dedicado al Reglamento Roma I, examina también el Convenio de Roma de 1980, no solo porque es su principal antecedente y fuente de inspiración, sino porque en la actualidad sigue siendo aplicable para solucionar el conflicto de leyes en la Unión Europea, en aquellos contratos concluidos antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma I, y adicionalmente, porque proporciona "criterios generales de interpretación" del Reglamento Roma I<sup>32</sup>.

**17.** La estructura del presente trabajo parte del estudio de cuestiones fundamentales de las normas de conflicto uniformes. El primer título inicia con un capítulo introductorio, que abarca las nociones básicas de

---

<sup>32</sup> B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, Giuffrè, 2008, p. 9.



la norma de conflicto, desde la óptica del Derecho internacional privado unificado moderno. Posteriormente, se indaga sobre el papel que cumple el DIPr. en el actual proceso de unificación normativa a nivel de la UE, destacando la importancia de las competencias de la UE para unificar normas de DIPr., y en especial, sobre el conflicto de leyes. A continuación, se emprende el estudio de los textos uniformes que agrupan las disposiciones sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales en la UE. Se inicia con una referencia al Convenio de Roma de 1980, abordando sus antecedentes, sus características principales, destacando los principales problemas de aplicación, para finalmente, detallar el proceso de transformación a un Reglamento de la UE. El siguiente capítulo del primer título emprende el estudio del Reglamento Roma I, partiendo de los objetivos propuestos por legislador de la UE, sus rasgos principales, la nueva estructura general, para posteriormente, ahondar en el análisis de los distintos ámbitos de aplicación, que permitirán establecer a cuáles contratos internacionales se aplica la norma de conflicto del Art. 4 Reglamento Roma I.

El segundo título sigue la estructura en etapas del propio Art. 4 Reglamento Roma I, y estudia detenidamente sus cuatro apartados. El punto de partida es el análisis de las normas rígidas designadas para ocho de los contratos más importantes del comercio internacional, donde se profundiza el estudio de dos de las disposiciones contempladas en el Art. 4.1 Reglamento Roma I: contratos de distribución y de franquicia. El trabajo se enfoca principalmente en estos dos contratos, debido a que el propio legislador de la Unión Europea ha reconocido que son los únicos contratos del artículo 4.1 Reglamento Roma I, que eran “objeto de debate” y de una “jurisprudencia divergente” bajo la aplicación del Convenio de Roma<sup>33</sup>. En efecto, la designación de la Ley aplicable a estas dos relaciones

---

<sup>33</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15.12.2005 COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD) p.6.

contractuales estuvo rodeada de una amplia discusión doctrinal y jurisprudencial respecto de la aplicación de la teoría de la prestación característica del Convenio de Roma. Por tal motivo, se ha ahondado en su estudio con el objetivo de determinar el alcance que la designación de las disposiciones rígidas, trae en la identificación de la Ley aplicable a los contratos internacionales en la Unión Europea.

Posteriormente, se estudia la ley aplicable a los contratos no cubiertos por el apartado primero del Art. 4 Reglamento Roma I; para estas situaciones el Reglamento utiliza la teoría de la prestación característica para identificar la *lex contractus*, la cual ha sufrido cambios de gran trascendencia. Seguidamente, se analiza la cláusula de excepción, que ha sido reformulada por el Reglamento Roma I con el objetivo de subsanar los problemas presentados en la cláusula de escape del Convenio de Roma. Finalmente, se examina la cláusula de cierre, etapa final del Art. 4 Reglamento Roma I y del trabajo de investigación.

El análisis de todos estos capítulos se aborda desde una estructura similar, se parte en primer lugar de lo contemplado en el Convenio de Roma, examinando la figura jurídica, e identificando los problemas presentados en la aplicación del precepto; luego se identifican los cambios introducidos en el Reglamento Roma I, para finalmente hacer un diagnóstico de la aplicación de la disposición, a fin de establecer si cumple con el objetivo planteado por el legislador de la UE.

## **TÍTULO I**

### **LA NORMA DE CONFLICTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA**



# **CAPÍTULO I**

## **REFLEXIONES SOBRE LA NORMA DE CONFLICTO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO UNIFORME.**

### **I. INTRODUCCIÓN**

**18.** El primer aspecto que debe resolver el juez cuando se enfrenta a un conflicto de carácter internacional, es determinar si tiene o no la competencia judicial para conocer del asunto. Cuando este tema se encuentra resuelto favorablemente, es decir, el juez considera que tiene plena competencia, el operador jurídico debe solventar otra importante cuestión: establecer el Derecho que debe regular el fondo del litigio. Este aspecto es trascendental, pues el hecho de que un tribunal se declare competente, no indica que la situación jurídica haya perdido su carácter internacional, y que sean las normas del foro las que regulen inmediatamente el asunto. En efecto, dicha relación transnacional necesita todavía la determinación de una Ley nacional material que sea la encargada de dirimir el conflicto jurídico<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup>Esta necesaria aclaración se puede ver en la sentencia STSJ, Madrid, de 14 de septiembre de 2000: "Ante todo es prioritario diferenciar y separar dos dimensiones: por un lado, la competencia judicial internacional; y por otro, la de la ley aplicable. Se trata en suma de diferenciar el forum y el ius. Es este el problema que ha centrado y ha sido estudiado en las STS de 17 de julio y de 29 de septiembre de 1998, distinguiendo nítidamente entre los dos planos" No puede acudir al CR para resolver el problema de competencia. "No cabe acudir al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (BOE 19-7-93 y BOE 6-4-99 que contiene la ratificación de España a la última versión) pues su materia (ley aplicable a las obligaciones contractuales) es distinta y posterior al problema de decidir qué jurisdicción nacional es la competente para conocer del asunto (forum)." Sobre este aspecto podemos ver también: STS, Social, de 20 de noviembre de 1998; STS.Social, de 29 de septiembre de 1998.

**19.** Para establecer cuál Ley nacional regulará la controversia, el DIPr. utiliza tres “técnicas de reglamentación”<sup>35</sup>: En primer lugar están las “normas materiales especiales”; cuerpos jurídicos de carácter internacional que regulan una materia específica del Derecho patrimonial internacional, plasmados principalmente en Convenios internacionales. Estas normas materiales tienen la característica de regular directamente el fondo de relación jurídica internacional. El más exitoso texto legal uniforme es la Convención de Viena de 1980 referente a la compraventa internacional de mercaderías. En segundo lugar encontramos las denominadas “normas de extensión”; las cuales son disposiciones sustantivas de carácter interno, que mediante un efecto extensivo, se aplican no solamente a situaciones privadas de carácter interno, sino también a situaciones jurídicas de carácter internacional. Por último, se encuentran las “normas de conflicto”; dichas normas tienen el objetivo primario de establecer cuál de las distintas leyes nacionales perfectamente aplicables al asunto, debe regular la relación jurídica de carácter internacional. Esta norma de conflicto no resuelve de manera directa el fondo del litigio, su papel es remitir al Derecho interno de un país, para que sea éste el encargado de dirimir la controversia jurídica<sup>36</sup>.

**20.** El objetivo principal de este apartado es descubrir el papel que juega la norma de conflicto en las situaciones jurídicas internacionales. Dicha perspectiva se abordará desde una óptica perfectamente clara: la norma de conflicto en el Derecho uniforme de la UE, a fin de establecer su ámbito de aplicación, y la influencia al interior del Derecho internacional privado actual. Sin embargo, antes de profundizar en este objetivo, es

---

<sup>35</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ªed., Comares, Granada, 2011, p. 272; J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1971, p. 73.

<sup>36</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I..., p. 272.

pertinente abordar -así sea someramente- algunos aspectos claves de la norma de conflicto. Esto permitirá comprender la estructura general del precepto, para que llevada al plano del Derecho unificado, se pueda descubrir el papel que la norma de conflicto cumple en el actual modelo de comercio transnacional.

## II. LA NORMA DE CONFLICTO. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DIPr. UNIFORME.

21. La doctrina más especializada define la norma de conflicto como “aquella norma de DIPr. que localiza la situación privada internacional en un concreto Estado, Estado cuyo ordenamiento jurídico debe regular dicha situación privada internacional”<sup>37</sup>. De acuerdo a esta definición, varios aspectos deben tenerse en cuenta:

La norma de conflicto contiene unos criterios previamente establecidos que le permiten remitir el asunto a un Derecho nacional concreto que se aplicará al fondo del litigio. Para lograrlo, la norma de conflicto debe localizar previamente la situación jurídica en un específico país, y posteriormente, atribuirle el conocimiento de las normas jurídicas materiales de dicho país<sup>38</sup>. Lo anterior indica que la norma de conflicto no resuelve directamente el asunto, sino que su función es determinar una norma material que resolverá la controversia.

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 288. El término norma de conflicto –con excepción de algunos juristas ingleses que prefieren hablar de “elección de ley”- es ampliamente utilizado en el continente europeo, donde también se le conoce como “regla de conflicto” o “conflicto de leyes”. Nace, al considerar que las distintas leyes en contacto con una determinada situación jurídica entraban en conflicto, y como un ordenamiento jurídico es la expresión máxima de la soberanía estatal, se entendía que existía un conflicto de soberanías. *Vid.* A. MIAJA DE LA MUELA, “Cuestiones referentes a la norma de conflicto. El reenvío”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXI, 1980, versión *online*.

<sup>38</sup> F.J. GARCIMARTIN, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 16.

Es importante resaltar que la norma de conflicto solo opera cuando la relación jurídica es de carácter internacional. Efectivamente, las situaciones privadas de carácter interno son reguladas directamente por las normas nacionales, y por lo tanto, la norma de conflicto no tiene aplicación. No obstante, algunos países cuentan con diversas unidades territoriales que tienen disposiciones autónomas sobre diversos aspectos del Derecho privado. Entonces, para identificar la Ley de la unidad territorial que se aplicará al caso concreto, deberá utilizarse –también– la norma de conflicto. En suma, por regla general, la norma de conflicto solo opera para situaciones jurídicas de carácter internacional, y excepcionalmente, puede requerirse para dilucidar el conflicto de Ley al interior de un Estado.

Las normas de conflicto pueden estar emanadas de fuente nacional o internacional. Así es, pueden ser producto de una iniciativa legislativa de carácter interno y ser utilizada única y exclusivamente por los jueces de dicho país para resolver el conflicto de leyes. Estas normas de conflicto internas, son las más numerosas debido al “carácter predominantemente estatal del Derecho Internacional Privado”<sup>39</sup>. De la misma manera, pueden ser producto de una iniciativa de carácter transfronterizo, que podrá plasmarse mediante un Convenio Internacional, o por medio de un Reglamento de la UE, donde se aplicará dentro de la UE la misma norma de conflicto. Las normas de conflicto emanadas del Derecho propio de la UE poseen una importancia incuestionable y su desarrollo se ha convertido en uno de los principales rasgos del DIPr. actual<sup>40</sup>.

La norma de conflicto debe determinar una ley nacional material cuya aplicación represente un menor coste a las partes del contrato, pues de esta manera, la solución de las controversias internacionales se llevará a cabo a

---

<sup>39</sup> J.A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado. Introducción...*, p. 151.

<sup>40</sup> *Vid.* A. MIAJA DE LA MUELA, "Cuestiones referentes a la norma de conflicto...", versión online; J.A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado. Introducción...*, p. 151.



un coste reducido. Para cumplir con este objetivo, la norma de conflicto debe identificar la ley que las partes del contrato previeron aplicar, es decir, una ley que no toma por sorpresa a las partes del contrato<sup>41</sup>.

Uno de los grandes logros de la norma de conflicto, –y que la doctrina le reconoce a SAVIGNY– es que con ella se logra una regulación independiente y general a todo tipo de instituciones jurídicas, esto es, matrimonio, obligaciones extra contractuales, obligaciones contractuales etc. Pero adicionalmente, se le reconoce un ámbito de aplicación mucho mayor cuando estas instituciones pueden dividirse generando una serie de subcategorías, *ad ex.*, obligaciones de carácter contractual puede subdividirse en los diferentes tipos contractuales, (compraventa internacional de mercaderías, trabajo, seguros.) En suma, el éxito de la norma de conflicto lo da el hecho de que puede de manera independiente, ofrecer una regulación para cada una de estas subcategorías<sup>42</sup>.

**22.** Sin embargo, esta manera de localizar una relación jurídica en un concreto país para que sea su Ley la que dirima el conflicto, no fue usada desde siempre. Con anterioridad al siglo XIX se identificaba la Ley aplicable mediante la denominada “teoría de los estatutos”, nacida en Italia durante los siglos XIII y XIV por influencia de CAROLUS DE TOCO y ACCURSIO, y posteriormente desarrollada por escuelas de los Países Bajos y Francia principalmente<sup>43</sup>. La teoría de los estatutos partía de las “normas jurídicas”, más no de las “relaciones jurídicas”, estableciendo por vía de interpretación cuál era el ámbito de aplicación en el espacio de las distintas leyes en

---

<sup>41</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría...*, pp. 67-71.

<sup>42</sup> G. JUANEDA, "Algunas reflexiones en torno a la estructura de la norma de conflicto", en M. MEDINA/ R. MESA / P. MARIÑO (Coord.), *Pensamiento jurídico y sociedad internacional*, vol. I, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986, pp. 429-448, con-cr. p. 436.

<sup>43</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", en J.L. IGLESIAS PRADA (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol.4, Madrid, 1996, pp. 5239-5270, con-cr. p. 5243.

vigor<sup>44</sup>. En otras palabras, pretendía determinar si una Ley era aplicable a la población, incluso, cuando se encontraban en el extranjero, y a los extranjeros que se encontraban en su territorio<sup>45</sup>. Esta teoría de los estatutos implicaba una regulación de las relaciones internacionales de “carácter unilateral”, ya que solo examinaba el ámbito de aplicación de la concreta Ley en el espacio<sup>46</sup>. De acuerdo a esto, se estableció una clasificación de las leyes en: estatuto personal, que le era aplicable a todos los aspectos referentes a la persona misma, sin importar su ubicación (dentro o fuera del país). El estatuto real, se le aplicaba a todos los bienes ubicados dentro del territorio nacional. Por último el estatuto mixto, que era de aplicación a los actos llevados a cabo al interior del país<sup>47</sup>.

**23.** No obstante, a partir de 1849 con la obra de SAVIGNY se fue eliminando el interés estatal en la determinación del Derecho aplicable a las situaciones jurídicas internacionales. SAVIGNY rechazó la teoría de los estatutos por considerarla “artificial y poco realista”, y propuso que la elección de la Ley aplicable estuviera basada en las distintas instituciones de Derecho privado, mediante la utilización de la “norma de conflicto multilateral”<sup>48</sup>. El planteamiento metodológico ya no partía de la propia Ley para determinar su ámbito de aplicación en el espacio, sino que se tomaba a las propias relaciones jurídicas como punto de inicio para determinar su

---

<sup>44</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto en el siglo XXI”, en L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ et. al (org.), *Pacis Artes Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo II, Editer Publicaciones, Madrid, 2005, pp. 1335-1374, concr. p. 1336; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I..., p. 289.

<sup>45</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El paradigma de la norma de conflicto...”, p. 5243.

<sup>46</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El desarrollo del Derecho Internacional Privado: Sus tendencias actuales y la reforma del sistema español”, en J.L. IRIARTE ÁNGEL (coord.), *Propiedad y Derecho Internacional*, Fundación Registral, Madrid, 2007, p. 13.

<sup>47</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I..., p. 289.

<sup>48</sup> A. L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto en el siglo...”, concr. p. 1337.

sede, y el ordenamiento legal con el que se encontraba vinculado, sería el que lo regularía<sup>49</sup>.

**24.** Es reconocido por la doctrina jurídica que las innovaciones introducidas por la obra de SAVIGNY, no modificaban la manera de tratar el aspecto referente a las colisiones, sino a la forma de afrontar su solución<sup>50</sup>. En efecto, SAVIGNY propuso que como el Derecho privado estaba dividido en instituciones, *ad ex.*, Derechos reales, capacidad y aspectos relativos a la persona, obligaciones y cuestiones relativas a la familia; se debía definir la “esencia jurídica” de cada una de esas instituciones, y concretarla mediante un elemento propio. Así entendió SAVIGNY que la esencia de los Derechos reales era la cosa misma, de la capacidad era la persona propiamente dicha, de las obligaciones era su lugar de ejecución. Finalmente propuso que el Derecho del país donde estuviese situado el elemento significativo de cada una de las mencionadas instituciones, debía regular la situación jurídica internacional, pues este lugar era considerado la “sede de la relación jurídica”. De esta forma, las situaciones jurídicas que versaban sobre Derechos reales se regulaban por la Ley del lugar donde el bien estuviese ubicado, las referentes a obligaciones por la Ley del país de ejecución, la capacidad y aspectos referentes a la persona serían reguladas por la Ley del país del domicilio de la persona, los aspectos concernientes a la familia serían regulados por la Ley del país del domicilio del marido y padre, pues se consideraba que él era la esencia de la familia<sup>51</sup>.

**25.** La norma de conflicto clásica diseñada por SAVIGNY podía solucionar sin problemas el conflicto de leyes presentado en el siglo XIX,

---

<sup>49</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El desarrollo del Derecho Internacional Privado: ...”, p. 14.

<sup>50</sup> J. M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre teoría general del Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1997, p. 46.

<sup>51</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I..., p. 290.

pues las relaciones jurídicas privadas presentadas en ese momento eran sencillas y poco articuladas, lo que producía una fácil identificación de los criterios de conexión de la situación privada internacional con un concreto país. De igual forma, las relaciones privadas internacionales en el siglo XIX eran esporádicas pues los sujetos no mantenían una vinculación frecuente con personas o empresas de otros Estados. Adicionalmente, esta norma de conflicto se desenvolvía en el ámbito de un “Derecho no intervencionista” y en los principios del “Estado liberal”<sup>52</sup>.

Con la entrada del siglo XX la clásica norma de conflicto no resultaba apta para resolver el conflicto de leyes, ya que los cimientos sobre los que fue creada se transformaron. Así, el Estado liberal no intervencionista entró en crisis, los valores liberales del siglo XIX son reemplazados por unos nuevos, y la era de la globalización transformó por completo las relaciones patrimoniales internacionales<sup>53</sup>. Por lo tanto, las normas de conflicto modernas han sido reorientadas para que puedan resolver el conflicto de leyes en un contexto totalmente diferente. De acuerdo a esto, analizaremos ahora los rasgos de las normas de conflicto y su estructura.

## 1. Características de la norma de conflicto.

**26.** Las normas de conflicto presentan unos rasgos propios que le permiten ser fácilmente diferenciadas de otras normas jurídicas:

- Como punto de partida encontramos que la norma de conflicto es una “técnica de reglamentación indirecta”<sup>54</sup>. Es decir, no resuelve por sí misma el conflicto jurídico, sino que nos señala el Derecho que otorgará la

---

<sup>52</sup> A. L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto en el siglo...”, pp.1341- 1343.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 1344.

<sup>54</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009, p.114.

solución<sup>55</sup>. Por ejemplo, el incumplimiento de la obligación de transmitir el *Know How* en el contrato de franquicia, no es resuelto de manera directa por el Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales, sino que su Art. 4.1 determina la Ley nacional que resolverá de fondo esta cuestión.

- La norma de conflicto es abstracta, esto es, desecha las particularidades del caso para que pueda ser de aplicación general. Sin embargo, las normas de conflicto modernas contienen supuestos de hecho más concretos, lo que les permiten precisar de forma más efectiva la Ley aplicable a la situación jurídica<sup>56</sup>.

- A su vez, la norma de conflicto se caracteriza por ser una disposición rígida. Dicha rigidez la otorga el punto de conexión previamente establecido y utilizado para definir la *lex contractus*. Sin embargo, no todas las normas de conflicto tienen la misma rigidez, algunas no contienen una concreción en el tiempo, lo que le permite modificarse en cualquier momento, y otras se plantean claramente un margen de apreciación bastante amplio, *ad ex.*, los vínculos más estrechos (art. 4 CR, Art. 4. Reglamento Roma I y Art. 9 Convención de México de 1994)<sup>57</sup>. No obstante, las normas de conflicto actuales luchan contra la rigidez mediante la incorporación de una cláusula de excepción o de escape que permite dejar de aplicar la elección hecha mediante las normas generales, para que otra Ley con mayor vinculación con la relación jurídica la regule (Art. 4.5 CR y Art. 4.3 Reglamento Roma I).

- Otro rasgo que caracteriza la norma de conflicto es su neutralidad, pues como su función es remitir a un Derecho nacional que regulará el litigio,

---

<sup>55</sup> J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado. Introducción...*, p.134.

<sup>56</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I..., pp. 291-294.

<sup>57</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado...*, p. 116.

no hace una valoración del contenido de la Ley escogida, ni del objetivo que persigue dicho cuerpo normativo, y mucho menos del resultado alcanzado mediante la aplicación de dicha Ley<sup>58</sup>. Así, en el caso *Caledonia Subsea Ltd v Microperi*, la norma de conflicto utilizada para resolver el conflicto de Ley derivado de un contrato de prestación de servicios entre una empresa escocesa y una compañía italiana, (Art. 4 CR) cumple con la función de remitir la solución del conflicto al Derecho de Escocia, mediante la aplicación del punto de conexión “prestación característica”, sin entrar a valorar, si la Ley escocesa es la más idónea para regular el contrato de prestación de servicios<sup>59</sup>. Pese a lo anterior, las normas de conflicto modernas tienen en cuenta el contenido de la norma jurídica aplicable, es lo que la doctrina llama “norma de conflicto materialmente orientada”<sup>60</sup>. Por tal motivo y de acuerdo a S. CLAVEL, el paradigma de la neutralidad de las normas de DIPr. construidas por SAVIGNY debe ser reconsiderado, debido al creciente desarrollo de “*mandatory rules*” a través de las cuales los Estados intentan imponer sus políticas públicas<sup>61</sup>.

- Por último, las normas de conflicto en el DIPr. son imperativas, es por eso que el tribunal deberá aplicarlas de oficio, sin importar la materia que

---

<sup>58</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I..., pp. 291-295.

<sup>59</sup> *Caledonia Subsea Ltd v Microperi Srl* No 4 First Division 12 July 2002 2003 S.C. 70 Lord Hamilton 12 July 2002.

<sup>60</sup> A. L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto en el siglo...I”, p. 1370.

<sup>61</sup> S. CLAVEL, “The regulatory function of choice of law rules applying to contracts for services in the European Union”, en F. CAFAGGI/ H. MUIR-WATT, *The regulatory function of European Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 62- 87, concr. p.62.

se debate en el litigio<sup>62</sup>. Incluso deberá aplicarlas si no son alegadas por las partes, o si se alega erróneamente<sup>63</sup>.

## 2. Estructura de la norma de conflicto.

27. La norma de conflicto presenta una estructura que se aleja de la clásica estructura de las normas jurídicas (supuesto de hecho y consecuencia jurídica)<sup>64</sup>. Esto se da, principalmente porque la norma de conflicto tiene unos objetivos y una función específica, que la diferencia claramente de las demás normas legales<sup>65</sup>. La norma de conflicto está conformada por tres elementos: supuesto de hecho, punto de conexión y consecuencia jurídica<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2001, pp. 215-237, con.cr. p.224.

<sup>63</sup> Así lo reafirma la Suprema Corte Francesa al anular una decisión del tribunal de apelación donde definió la ley aplicable al contrato basado en la totalidad de la relación entre las partes: lugar de celebración y ejecución del contrato, así como el lenguaje utilizado, sin referirse a lo establecido en el CR que era aplicable al caso. Cass. civ. I, December 9 2003, *Generali France v. Ten Tours*: "Si el CR es aplicable el juez debe utilizar las normas de conflicto establecidas en él (Art. 3 y 4 CR)", *vid. A. MOURRE/Y. LAHLOU*, "Chronique de droit international prive applique aux affaires", *De Droit des affaires internationales*, nº 2 2004, versión *online*.

<sup>64</sup> Sin embargo un sector de la doctrina considera inapropiado crear una nueva categoría de norma jurídica compuesta por tres elementos, a diferencia de la estructura clásica de dos elementos, pues consideran que la norma de conflicto encaja perfectamente en la estructura general: supuesto de hecho y consecuencia jurídica, donde el punto de conexión forma parte tanto del supuesto como de la consecuencia. *Vid. G. JUANEDA*, "Algunas reflexiones en torno a la estructura de la norma...", p. 430.

<sup>65</sup> C. ESPLUGUES MOTA/J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 187.

<sup>66</sup> Sobre la estructura de la norma de conflicto *vid. A. L. CALVO CARAVACA*, "La norma de conflicto en el siglo...", p. 1348 y ss.; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, p. 296 y ss; J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2008, p.55 y ss.; F.J. GARCIMARTIN, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994; G. JUANEDA, "Algunas reflexiones en torno a la estructura de la norma...", p. 335.

## A. Supuesto de hecho de la norma de conflicto.

28. El supuesto de hecho de la norma de conflicto -al igual que cualquier norma jurídica- tiene la función de explicar la situación específica que regula la norma, es decir, el supuesto de hecho trae plasmada una situación privada internacional de manera específica<sup>67</sup>. Es de vital importancia la forma en que el supuesto de hecho de la norma de conflicto describe la situación contemplada. Por esta razón, la norma de conflicto utiliza conceptos amplios (siguiendo la influencia de SAVIGNY), que le permiten abarcar una generalidad de situaciones jurídicas. Así, al utilizar la expresión “obligaciones contractuales” se puede abarcar una gran cantidad de relaciones jurídicas de ámbito estrictamente contractual, que puede incluir desde una compraventa, hasta una relación laboral<sup>68</sup>. No obstante, las normas de conflicto modernas formulan de manera más precisa el supuesto. De esta manera, se deja a un lado la formulación abstracta para concretar mucho más las situaciones jurídicas contempladas en la norma de conflicto<sup>69</sup>. Esta concreción del supuesto de hecho se puede hacer teniendo en cuenta los “elementos extranjeros” presentados, o tomando como referencia la materia específica que se regula<sup>70</sup>.

Si es una norma de conflicto estatal, deben utilizarse los conceptos jurídicos del Derecho nacional, pues la interpretación de dichos conceptos seguirá la misma línea interpretativa del Derecho donde se incorpora. Sin embargo, el Derecho conflictual estatal puede desarrollar conceptos propios, que difieren de los conceptos utilizados al interior del Derecho material;

---

<sup>67</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado...*, p. 114.

<sup>68</sup> J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado...*, p. 84.

<sup>69</sup> A. L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto en el siglo...”, p. 1350.

<sup>70</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I..., p. 296.



aunque en la práctica, los conceptos usados en la norma de conflicto suelen coincidir con los conceptos existentes en el Derecho material donde se inserta la norma conflictual<sup>71</sup>. Por su parte las normas de conflicto uniformes, ya sean de origen Convencional o propias de la UE, procuran que los conceptos utilizados en el supuesto de hecho no tengan significado divergente en los Estados miembros, aunque finalmente dichos conceptos tendrán una interpretación autónoma.

## **B. Punto de conexión de la norma de conflicto.**

**29.** El punto de conexión es aquella vinculación entre una determinada situación jurídica de carácter internacional y un concreto país, utilizada para establecer la norma jurídica aplicable a dicha relación internacional, pudiendo ser ésta la Ley del foro, o un Derecho extranjero<sup>72</sup>. Mediante los puntos de conexión, el órgano legislativo hace una valoración de los elementos presentes en la situación que pretende regular, para deducir a cuál entorno está más estrechamente vinculado<sup>73</sup>. Para ello, el legislador puede utilizar un único factor de conexión, porque piense que es lo suficientemente fuerte para cumplir con el objetivo de localización planteado, o bien recurrir a dos o más puntos de conexión, cuando estime que un solo factor no puede establecer el “centro de gravedad” de la relación jurídica<sup>74</sup>. Las normas de conflicto del siglo XXI con el objetivo de combatir la mecánica designación de la Ley aplicable, implementan múltiples puntos de

---

<sup>71</sup> G. JUANEDA, "Algunas reflexiones en torno a la estructura de la norma...", p. 335.

<sup>72</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2004, p. 145; C. ESPLUGUES MOTA/J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho Internacional Privado...*, p.188.

<sup>73</sup> J. M. ESPINAR VICENTE, *Teoría general del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Alcalá, Alcalá, 2000, p. 114.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 115.

conexión, o como los define la doctrina puntos de conexión en “cascada”<sup>75</sup>. De esta manera y de acuerdo a los elementos extranjeros contemplados, se designa la Ley aplicable a cada uno de ellos. Ejemplos de estos puntos de conexión los encontramos en el Art. 4 Reglamento Roma I.

Tal vez uno de los aspectos de mayor trascendencia de la norma de conflicto lo constituye la selección del punto de conexión. Esta decisión recae directamente sobre el poder legislativo, (nacional o de la UE) que cuenta con un amplio poder discrecional. Sin embargo, y aunque el legislador tiene total libertad para elegir los puntos de conexión que considere apropiados, el hecho de vincular un país a una determinada situación jurídica, responde a una concreta política legislativa que pretende alcanzar unos objetivos previamente planteados, *ad ex.*, proteger a la parte débil del contrato<sup>76</sup>. Son innumerables las categorías en que pueden clasificarse los puntos de conexión, los hay desde únicos o múltiples, mutables o inmutables, unilateral o bilateral, principales o subsidiarios, alternativos o acumulativos, simples o compuestos etc.<sup>77</sup> Sin embargo, y teniendo en cuenta el objetivo que persigue este trabajo, se hará referencia a los puntos de conexión rígidos y flexibles:

a. *Los puntos de conexión rígidos* responden a un objetivo concreto: la búsqueda de una mayor previsibilidad del resultado. Cuando en una norma de conflicto se insertan uno o más puntos de conexión rígidos, se pretende que el resultado de la utilización de la norma de conflicto por parte del tribunal, pueda ser previa y fácilmente conocido por las partes interesadas, otorgando a su vez una mayor seguridad jurídica. Para esto se utilizan puntos de conexión concretos, como por ejemplo el Art. 10.5 CC, el

---

<sup>75</sup> A. L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto en el siglo...”, p. 1348.

<sup>76</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I..., p. 303.

<sup>77</sup> J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho Internacional Privado. Introducción...*, p. 140.

Art. 4.2 CR y el Art. 4.1 Reglamento Roma I<sup>78</sup>. Sin embargo, la utilización de puntos de conexión inmutables carece de un determinado grado de adaptación a las distintas variables que puede presentar el caso concreto. No obstante, para contrarrestar la “localización excesivamente mecánica” de un punto de conexión, el legislador puede acudir a la cláusula de excepción. Mediante la cláusula de excepción, se pretende introducir cierto nivel de flexibilidad a la norma de conflicto, para que pueda adaptarse mejor a circunstancias puntuales del caso concreto, cuando el punto de conexión no cumple fielmente con su función localizadora. Esta cláusula de excepción puede verse en el Art. 4.3 Reglamento Roma I.

b. *Los puntos de conexión flexibles* utilizan criterios generales o amplios que deberán ser concretados mediante la activa participación del juez. El operador jurídico analizará todos los elementos de la relación jurídica presentes en cada caso en concreto, y de acuerdo a ellos, determinará la Ley aplicable a la situación jurídica. La doctrina ha clasificado los criterios de los puntos de conexión flexibles en dos categorías: la Ley del país del centro de gravedad o sede del supuesto, sin tener en cuenta el contenido de la Ley; y la Ley material que el juez considere más idónea para regular el contrato<sup>79</sup>:

- La primera categoría se ha utilizado primordialmente en materia de contratos, siendo su principal exponente el Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales firmado en 1980, donde su artículo 4 utiliza el concepto de los vínculos más estrechos como norma general del precepto. Otro ejemplo lo podemos encontrar en la Convención Interamericana sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales de México, la cual en su artículo 9 expone: “Si las partes no hubieran elegido el Derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá

---

<sup>78</sup> G. JUANEDA, "Algunas reflexiones en torno a la estructura de la norma...", p. 439.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 442.

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. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales<sup>80</sup>.

- En la segunda categoría, -la mejor Ley material- el juez debe valorar de las distintas leyes conectadas con la situación jurídica, cuál de ellas presenta mayor calidad para regular el caso concreto, se trata de escoger entre reglas concretas, cuál Ley presenta una calidad que el juez no podrá dejar de valorar<sup>81</sup>.

### C. Consecuencia jurídica.

**30.** Las normas jurídicas en general traen un mandato específico inmerso en su consecuencia jurídica. La norma de conflicto –como es lógico– también contiene un mandato especial, que consiste en la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico nacional a la relación jurídica debatida. En otras palabras, el Derecho nacional elegido brindará la respuesta material al supuesto de hecho contemplado en la norma<sup>82</sup>. Esta consecuencia jurídica conlleva la eventual aplicación de la Ley extranjera, o bien puede ser la misma Ley nacional del tribunal competente (*lex fori*)<sup>83</sup>. La consecuencia jurídica de la norma de conflicto se puede resumir en una palabra:

---

<sup>80</sup> Artículo 9 de la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V)

<sup>81</sup> G. JUANEDA, "Algunas reflexiones en torno a la estructura de la norma...", p. 448.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 439.

<sup>83</sup> L. CARBALLO PIÑEIRO, "El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho Extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2001, pp. 483-503, concr. p.486.

“remisión”. En efecto, recordemos que la norma de conflicto no es la encargada de resolver el fondo del litigio, por eso su función principal es remitir a la Ley de un país que, vinculado mediante el punto de conexión, resolverá el fondo del asunto. Sin embargo, es importante destacar que esta remisión ha de hacerse a un Derecho estatal propiamente dicho, es decir, al cúmulo de normas jurídicas expedidas por el órgano legislativo de un determinado país, sin que esto incluya las providencias proferidas por los tribunales del país designado, o cuerpos jurídicos al margen de los Derechos nacionales, como la nueva *lex mercatoria*<sup>84</sup>.

**31.** Se ha analizado hasta ahora el concepto de la norma de conflicto, sus rasgos más característicos y su estructura. Esta introducción conceptual no solamente otorga un primer contacto con la figura objeto de estudio, sino que constituye el preámbulo para abordar el estudio de la norma de conflicto en el Derecho de la UE. En las siguientes líneas se analizará la evolución de las normas de conflicto en el Derecho uniforme de la UE, con el objetivo de determinar el papel que juega en el DIPr. actual.

### **III. LA NORMA DE CONFLICTO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.**

#### **1. Unificación del Derecho internacional privado en la Unión Europea.**

##### **A) La integración de las normas jurídicas de la Unión Europea.**

**32.** Actualmente la sociedad está atravesando un proceso de transformación global, donde se aprecia la eliminación de las barreras de Derecho público, la conformación de bloques económicos y jurídicos de

---

<sup>84</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I..., p. 305.

carácter regional, y donde se establece una relación directa entre individuos y empresas sin importar las distancias físicas, todo esto facilitado por una revolución tecnológica. Estas especiales circunstancias han representado un enorme reto para el Derecho, pues ha tenido que adaptarse a esta nueva perspectiva mundial, con el objetivo de brindar la indispensable protección legal.

**33.** En lo que al DIPr. se refiere, las disposiciones tradicionales no estaban preparadas para regular las nuevas relaciones privadas internacionales (divorcios y adopciones internacionales, aumento de contratos internacionales con efectos globales, etc.)<sup>85</sup>. Es por eso, que se ha requerido de una “remodelación” de estas normas para que puedan atender el reto de la globalización y del mercado común<sup>86</sup>. Así lo advierte J. CARRASCOSA “la globalización ha alterado profundamente el objeto del DIPr.”, pues se aumentan las situaciones internacionales de carácter privado, los efectos de dichas situaciones alcanzan una multiplicidad de países, se importan modelos “familiares y personales” de otras latitudes, y se globaliza, de igual forma, la solución de los conflictos<sup>87</sup>.

**34.** Consciente de este nuevo entorno mundial, la UE ha venido implementando la integración normativa en el ámbito de la Unión por medio de dos vías: la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de bienes, capitales, servicios y personas en la UE, es decir, eliminando de los distintos Derechos nacionales toda regulación que limiten estas libertades (Derecho público), es lo que la doctrina conoce como “principio de integración negativa”. La segunda vía se centra en la creación de un sistema jurídico acorde con un mercado integrado en la UE. Para lograrlo, se le atribuyeron

---

<sup>85</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Globalización y Derecho Internacional...", p. 35.

<sup>86</sup> H. MUIR WATT, "Choice of law in integrated and interconnected markets: a matter of political economy", *Colum. J. Eur.* nº 9, 2002-2003, pp. 383-409, concr. p. 386.

<sup>87</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Globalización y Derecho Internacional...", p. 39.

competencias a las instituciones de la UE para la creación de normas jurídicas que complementen o sustituyan las normas jurídicas de carácter nacional<sup>88</sup>.

**35.** Esta segunda vía, denominada por la doctrina como “integración positiva”, pretende mantener un equilibrio entre la uniformidad legal por un lado, y la diversidad normativa por el otro. Indudablemente, la creación de un Derecho material común que se adapte a las necesidades de un mercado integrado, se había convertido en el objetivo principal para alcanzar la seguridad jurídica<sup>89</sup>. De esta manera se eliminaría el conflicto de leyes, puesto que los Derechos nacionales serían iguales o similares, resolviendo de la misma forma el conflicto jurídico<sup>90</sup>. Esta unificación material presenta innegables ventajas, pues garantiza la seguridad jurídica, la previsibilidad de la ley aplicable al caso concreto, y produce la disminución de los costes jurídicos<sup>91</sup>. Asimismo, esta uniformidad material evita soluciones ineficientes y “comportamientos oportunistas” por parte de los Estados<sup>92</sup>. En consecuencia, la elaboración de una legislación material global en el ámbito de la UE, produciría una disminución de los costes que

---

<sup>88</sup> M. VIRGOS SORIANO/ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen vs. Estado de destino", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, nº 251, 2004- 4, noviembre 2004, pp. 1-20, concr. p. 4.

<sup>89</sup> Esta “concepción universalista del Derecho” ya había influenciado el continente europeo hasta los primeros años del siglo XIX, *vid.* D. MOURA VICENTE, "Perspectivas de la armonización y unificación internacional del Derecho privado en una época de globalización de la economía" en A.L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ, *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 401-420, concr. p. 406.

<sup>90</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Globalización y Derecho Internacional...", pp. 49-50.

<sup>91</sup> Sobre la unificación del Derecho privado en la UE puede verse, E. LEIBLE, "Vías para la unificación del Derecho privado europeo", *Anuario de Derecho civil*, nº LIX-4, Octubre 2006, pp. 1590-1690; J. BASEDOW, "Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado...", pp. 141-159; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum. Autoregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Colegios notariales de España, Madrid, 2003, pp. 159 y ss.

<sup>92</sup> M. VIRGOS SORIANO/ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen vs. Estado...", p. 4.

las partes contractuales deben asumir, a fin de informarse sobre la ley que regularía su relación jurídica, es por eso que la uniformidad legal, es considerada una técnica de reglamentación acorde con las relaciones internacionales globalizadas, y su implementación es bien recibida por la doctrina jurídica<sup>93</sup>.

**36.** Aunque la unificación del Derecho material en la UE ha logrado avances importantes en los últimos años, su evolución ha sido limitada. Varias son las razones: en primer lugar porque los Estados miembros cuentan con diversas formaciones jurídicas que en muchos casos, llegan a ser totalmente opuestas. Adicionalmente, porque se considera que unificar una rama completa del Derecho privado a nivel de la UE afecta la identidad cultural de los distintos países, es por eso, que muchos Estados miembros prefieren proteger su identidad judicial y su legislación particular<sup>94</sup>. 3. Asimismo, se entiende que este proceso unificador produce una disminución de la competencia legislativa nacional, lo que genera incertidumbre. 4. Finalmente, porque conlleva la aparición de nuevos problemas en la aplicación de la legislación uniforme en la UE<sup>95</sup>.

**37.** La labor de armonización de las normas materiales en la UE se ha venido adelantando principalmente mediante la figura de la Directiva. Este instrumento jurídico de la UE, no tiene una eficacia directa en los ciudadanos, sino que necesita ser transpuesto por la legislación interna de

---

<sup>93</sup> Sobre este aspecto, *vid.* B. GOLDMAN, "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives", *JDI Clunet*, 1979, vol.106, pp. 475-508; C.M. SCHMITTHOFF, "International Trade and Private International Law", *Von Deutschen zum Europäischen Recht. Festschrift für H.Dölle*, vol.II, Tubinga, Mohr, 1963, pp. 261-280; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Globalización y Derecho Internacional...", p. 39; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *REDI*, 1995-II, vol.XLVII, pp. 11-41, esp. p. 30.

<sup>94</sup> *Vid.* S. CLAVEL, "The regulatory function of choice of law ...", p. 63.

<sup>95</sup> P.A. DE MIGUEL ASECIO, "Integración Europea y Derecho Internacional Privado", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, nº 2, pp. 413-445, versión *online*.



cada Estado miembro, ya que solo contiene unos parámetros generales que deben seguirse en el órgano legislativo nacional. Como consecuencia de lo anterior, en los supuestos internacionales sigue siendo necesario establecer la ley nacional aplicable, pues se debe determinar la ley nacional que transpuso la Directiva de la UE<sup>96</sup>.

La seguridad jurídica internacional y la certeza del Derecho aplicable son las principales razones que justifican la uniformidad legislativa material en la UE. No obstante, un Derecho material unificado –en sí mismo- no garantiza la eliminación de la diversidad de las disposiciones realmente utilizadas en el caso concreto. Este fenómeno se presenta, porque la difícil negociación de un instrumento unificado, provoca la incorporación de “cláusulas generales y conceptos indeterminados” al interior del texto uniforme; situación que desemboca en una interpretación heterogénea del precepto<sup>97</sup>.

**38.** En consecuencia, la difícil tarea de unificar el Derecho material, sumado a que éste no garantiza completamente la ausencia de la diversidad jurídica, nos permite establecer que en el Derecho privado patrimonial a nivel de la UE, no se aprecia a mediano plazo la extinción de las normas internas en favor de un Derecho privado uniforme. Es por eso que en palabras de F. CAFAGGI/ H. MUIR-WATT, la creación de un Derecho privado en la UE debe estar basado en una compleja estructura multinivel, donde entran a coexistir los sistemas legales de los Estados miembros, con un uniforme sistema de Derecho privado<sup>98</sup>. Lo anterior significa indudablemente que el modelo de integración legislativa en la Unión debe avanzar sobre la base del pluralismo

---

<sup>96</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, "La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado", en G. PALAO/ L. PRATS/ M.J. REYES (coord.), *Derecho patrimonial europeo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 363-381, conocr.p. 370.

<sup>97</sup> D. MOURA VICENTE, "Perspectivas de la armonización y unificación...", p. 411.

<sup>98</sup> F. CAFAGGI/ H. MUIR-WATT, *Introduction...*, p. 7.

jurídico<sup>99</sup>. Precisamente aquí, las normas uniformes de DIPr. en la UE entran a jugar un papel primordial en el largo camino de la integración normativa material<sup>100</sup>. En efecto, la limitada evolución de la uniformidad del Derecho privado material, y el uso de la Directiva para lograr este objetivo, producen un “fraccionamiento normativo” que afecta directamente la seguridad jurídica en la UE<sup>101</sup>. Esta es la razón por la cual hoy en día se produce una “revalorización” de las normas de DIPr. en la UE, que ha complementado la uniformidad material como “política legislativa global”<sup>102</sup>. Efectivamente, para lograr la tan anhelada seguridad jurídica en la UE, no se necesita indispensablemente una completa codificación del Derecho privado a nivel de la Unión. Dicha seguridad jurídica también puede alcanzarse mediante la unificación de las disposiciones de DIPr. que garanticen un alto grado de seguridad a los intervinientes en las relaciones privadas internacionales; complementada, con una parcial unificación de las normas materiales. De esta forma, se asegura una mínima intromisión en el Derecho interno de

---

<sup>99</sup> Sobre la relación de las normas de conflicto y el Derecho unificado ya sea de fuente de la UE o de origen privado, puede verse: A. GIARDINA, "Norme di conflitto, norme uniforme e diritto del commercio internazionale" en M. MELI, *L'armonizzazione del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 125-134.

<sup>100</sup> H. MUIR WATT, "European integration, legal diversity and the conflict of laws", *Edinburgh L.*, nº 6, vol. 9, 2004-2005, pp. 6-31, concr. p. 9.

<sup>101</sup> *Vid., ad ex.*, Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 1999/44/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

<sup>102</sup> *Vid.* P.A. DE MIGUEL ASECIO, "Integración Europea y Derecho...", pp. 413-445, *versión online*; A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2007, p. 212.

cada Estado, protegiendo la diversidad jurídica material de los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>103</sup>.

En consecuencia, y para alcanzar un equilibrio entre diversidad y uniformidad, el principio que sigue la UE en cuanto al Derecho privado es la suma entre la “diversidad material”, la “armonización mínima” y el “Derecho internacional privado uniforme”<sup>104</sup>.

**39.** Todo lo anterior permite concluir, que al interior de un mercado integrado, el DIPr. y en especial el “*conflict of law*”, está llamado a cumplir una “función esencial”, aportando herramientas “flexibles y creativas” de gobernabilidad, y en definitiva cumpliendo una función “política y económica dentro del sistema jurídico” de la UE<sup>105</sup>.

## **B) Derecho Internacional Privado en la Unión Europea. Del Art. 220 TCE al Art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la UE.**

**40.** El Art. 220 TCCE de 1958 fue durante más de treinta años la base jurídica para la creación del DIPr. de la UE. Sin embargo, no ocupaba una posición privilegiada en el marco de la “integración europea”, prueba de esto, es que las competencias recaían directamente en los Estados miembros<sup>106</sup>. El precepto establecía que los “...Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales:”... “-la simplificación de las formalidades a que

---

<sup>103</sup> P.A. DE MIGUEL ASENCIO, "Integración Europea y Derecho...", pp. 413-445, versión *online*.

<sup>104</sup> M. VIRGOS SORIANO/ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen vs. Estado...", p. 5; A. FONT I SEGURA, *Actualización y desarrollo del sistema de...*, p. 212.

<sup>105</sup> *Vid.* H. MUIR WATT, "European integration, legal diversity and the...", p. 9; S. SÁNCHEZ LORENZO, "La unificación del derecho contractual...", p. 369.

<sup>106</sup> A. BORRÁS, "Derecho Internacional privado y Tratado de Ámsterdam", *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LI, nº 2, 1999, pp. 383-426, *concr.p.* 386.

están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales”<sup>107</sup>. De dicho precepto nació el Convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>108</sup>.

De acuerdo a lo contemplado en el Art. 220 TCCE los Estados podían realizar negociaciones entre sí, para –entre otros asuntos- eliminar los límites de carácter formal que tienen el “reconocimiento y ejecución” de los laudos arbitrales, y las decisiones judiciales entre los Estados miembros. Esta disposición utilizaba la técnica normativa propia del Derecho internacional público: los tratados internacionales<sup>109</sup>.

**41.** El Tratado de la UE de 1992 (Maastricht) mantuvo intacto el Art. 220 permitiendo que los Estados miembros negociaran los instrumentos de DIPr. en la UE. Pero en su Art. K 3 creó otro mecanismo para el nacimiento de normas de DIPr. de la UE, al permitir que el Consejo pudiese -sin perjuicio del Art. 220- “celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales”. De acuerdo a lo anterior, tanto los Estados miembros (Art. 220) como el Consejo (Art.K3) podían negociar y adoptar Convenios internacionales. El Consejo mediante esta base jurídica adoptó el Convenio de 26 de mayo de 1997, y el Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1998, y aunque ninguno de ellos entraría en vigor, su contenido sirvió de base para la creación de nuevos

---

<sup>107</sup> Artículo 220 TCCE.

<sup>108</sup> Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión consolidada) *Diario Oficial n° C 027 de 26/01/1998 p. 0001 – 0027*, vid. H. AGUILAR GREDIEL, "La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2010, vol. 2, n° 1, pp. 308-338, concr.p. 311.

<sup>109</sup> A. CHICHARRO LÁZARO "El Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo: los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil", *Revista Electrónica de estudios internacionales*, n° 20, 2010, p. 2.

Reglamentos<sup>110</sup>. Por otra parte, durante la vigencia del Tratado de Maastricht y sobre la base jurídica del Art. 220, fue firmado por 14 Estados el Convenio sobre procedimientos de insolvencia<sup>111</sup>.

**42.** Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999, el DIPr. de la UE tuvo una destacada “evolución”, puesto que se consiguió -la en su momento denominada- “comunitarización” del DIPr<sup>112</sup>. De esta manera se pasó de una competencia eminentemente estatal que se ejercía mediante normas internas o convencionales, a una competencia directa de la UE por medio de actos de “Derecho derivado”<sup>113</sup>. En efecto, los artículos 61c y 65 del TCE constituyeron un gran impulso al DIPr. de la UE, al dotar de competencia a las instituciones de la Unión para

---

<sup>110</sup> Convenio sobre notificación o traslado en los Estados miembros de la UE de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil; Convenio sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes. Vid. M.D. ORTIZ VIDAL, “Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2010, vol. 2, nº 1, pp. 376-402, concr. p. 379.

<sup>111</sup> A. BORRÁS, “Derecho Internacional privado y Tratado de...”, p.389.

<sup>112</sup> A. BORRÁS, “La cooperación judicial en materia civil”, en J.M. Y PEREZ DE NANCLARES (Coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 437-450, concr. p. 437.

<sup>113</sup> Sobre la denominada “comunitarización del DIPr. vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam”, *REDI*, vol.LI, 1999, pp. 383 ss.; ID., “Hacia la supresión del exequatur en Europa”, en CGPJ, *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 2002, pp. 15-52; S. BARIATTI, “Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario”, *RDIPP*, 2003, pp. 671- 706; J. BASEDOW, “The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam”, *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; ID., “European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (ed.), *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 175-192; K. BOELEWOELKI, “Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe”, *Liber Amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 61-77; TH.M. DE BOER, “Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century”, *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 193-214; A. BORRÁS, “La incidencia de la comunitarización del DIPr. en la elaboración de convenios internacionales”, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 45-77.

expedir normas en cualquier sector del DIPr<sup>114</sup>. Aunque la base jurídica del Art. 220 TCE fue mantenida formalmente en Tratado de Ámsterdam mediante el Art. 293, dicho precepto no tuvo ninguna aplicación práctica<sup>115</sup>.

**43.** El Art. 61c le otorgaba la facultad al Consejo para establecer medidas “en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil” de acuerdo al Art. 65, con el objetivo de conformar de manera progresiva un “espacio de libertad, de seguridad y de justicia” en la UE. Las medidas consagradas en el Art. 65 en el “ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: Mejorar y simplificar: El sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales; La cooperación en la obtención de pruebas; El reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales; Fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción; Eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”<sup>116</sup>.

**44.** Este Art. 65 TCE otorgaba una amplia competencia a la UE en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, que transformó por completo la forma de concebir el DIPr. uniforme. En primer lugar porque lleva a cabo la denominada “comunitarización” de la cooperación judicial en

---

<sup>114</sup> El Artículo 61 TCE versaba de la siguiente manera: “A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará: ... C. Medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65.

<sup>115</sup> A. CHICHARRO LÁZARO, "El Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo: los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil", *Revista Electrónica de estudios internacionales*, nº 20, 2010, p. 2.

<sup>116</sup> Artículo 65 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

materia civil “asociándola a la libre circulación de personas”<sup>117</sup>. Adicionalmente, porque a partir de ese momento dicha competencia abarca todas las áreas del DIPr. (competencia judicial internacional, Ley aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones judiciales)<sup>118</sup>. Aunque pudiese pensarse que con la introducción del Tratado de Ámsterdam se establecieron unas competencias ilimitadas para la creación de instrumentos de DIPr., lo que realmente sucedió –tal como lo manifiesta H. AGUILAR- es que los límites a esa competencia fueron “heterogéneos”<sup>119</sup>.

En definitiva, la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam ha transformado por completo el DIPr. de la UE, creando la en su momento denominada “comunitarización” de las normas del DIPr. en manos de las instituciones de la Unión, puesto que a pesar de que las bases jurídicas para que los Estados miembros negociaran y celebraran Convenios de carácter internacional continuaron plenamente vigentes, durante la vigencia del Tratado de Amsterdam perdieron toda relevancia<sup>120</sup>.

**45.** Por medio de esta base jurídica (Art. 61c y 65 TCE) se logró consolidar un bloque jurídico de gran importancia. Tal es el caso del Reglamento 44/2001<sup>121</sup>, el Reglamento Roma I, el Reglamento Roma II<sup>122</sup>,

---

<sup>117</sup> M.D. ORTIZ VIDAL "Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho Internacional Privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2010, vol. 2, nº 1, pp. 376-402, concr. p. 379; J. BASEDOW, "La progresiva europeización del derecho contractual", *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LVI, nº 1, 2004, pp.15-32. concr.p. 23.

<sup>118</sup> M.D. ORTIZ VIDAL "Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa...", 380.

<sup>119</sup> H. AGUILAR GREDIEL, "La cooperación judicial internacional en materia...", p. 313.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 314.

<sup>121</sup> Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, D.O.U.E. serie L, núm. 12, de 16 de enero.

<sup>122</sup> Reglamento (CE) no 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); DOUE, de 31 julio 2007, núm. L 199. Sobre el Reglamento Roma II puede verse; G. PALAO MORENO, "Las reglas generales relativas a la determinación de la ley aplicable a los hechos dañosos,

Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil<sup>123</sup>, Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil<sup>124</sup>, Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia<sup>125</sup>.

**46.** La ulterior firma del Tratado de Niza no trajo grandes cambios respecto de lo contemplado en el Tratado de Ámsterdam para la cooperación judicial en materia civil en la UE. Tan solo incluyó, mediante el Art. 2.4 Tratado de Niza, un apartado 5 al Art. 67 TCE: “Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, el Consejo adoptará de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251:”...”las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia”.

---

a la vista de los objetivos del Reglamento (CE) nº 864/2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (‘Roma II’), Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie “Derecho”, núm. 114, 2008, pp. 65-80; F.J. GARCIMARTÍN, “Obligaciones extracontractuales”, La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios, bajo la coordinación de A. Borrás, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 671-698;

<sup>123</sup> DOUE, de 10 diciembre 2007, núm. L 324.

<sup>124</sup> DOUE, de 27 de junio de 2001, núm. L 174. En relación con este Reglamento, *vid.*, M<sup>a</sup>.D. ADAM MUÑOZ, “El Reglamento 1206/2001 de 28 de mayo de 2001 del Consejo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil”, La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea, Actas de Seminarios, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Colección “Actas”, Núm. 57, Sevilla, 2005, pp. 121-137; F. de PAULA PUIG BLANES, “La obtención de pruebas en el proceso civil en la Unión Europea”, Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo (Jornadas de cooperación judicial europea celebradas en Madrid los días 25, 26 y 27 de octubre de 2004), La Ley, Madrid, 2005, pp. 67-101.

<sup>125</sup> DOUE, de 30 junio 2000, núm. L 160; corrección de errores: DOUE, de 5 julio 2002, núm. L 176; modificaciones: DOUE, de 23 septiembre 2003, núm. L 236; DOUE, de 20 abril 2005, núm. L 100.



Esta disposición otorgaba celeridad en la adopción de normas al interior de la UE<sup>126</sup>.

47. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha supuesto algunos cambios sistemáticos de importancia: se plasma en el apartado 2 del Art. 3 TUE lo relativo al “espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores”<sup>127</sup>. En el apartado 3 del mismo artículo se contempla lo referente al mercado interior<sup>128</sup>. El espacio de “libertad, seguridad y justicia” es desarrollado por el título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) donde en su Art. 67.4 expone que “La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil”. Pero es en el Art. 81 TFUE donde se da desarrollo preciso a la cooperación judicial en materia civil. Su apartado primero expone que: “La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. Para cumplir este objetivo general y en especial “cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior,

---

<sup>126</sup> H. AGUILAR GREDIEL, "La cooperación judicial internacional en materia...", p. 315.

<sup>127</sup> Art. 3.2 TUE “La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”. Este espacio de libertad, seguridad y justicia del cual deriva la cooperación judicial en materia civil empieza a desarrollarse desde la aparición del Tratado de Maastricht, cuando la UE se estructuró en tres pilares, donde uno de ellos, estaba dedicado a la “cooperación en materia de justicia y asuntos de interior”, y del él deviene la iniciativa de construir un espacio único de libertad, seguridad y justicia. *Vid.* A. CHICHARRO LÁZARO "El Tratado de Lisboa y el programa...", p. 2.

<sup>128</sup> Art. 3.3 TUE “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas; e) una tutela judicial efectiva; f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios; h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia”.

**48.** De acuerdo a estos cambios sistemáticos introducidos por el Tratado de Lisboa se deben resaltar varios aspectos:

-Los artículos 67.4 y 81 TFUE pueden calificarse como una continuidad de las políticas de transformación establecidas en el Tratado de Ámsterdam, y en ciertos aspectos constituyen una verdadera “consolidación”<sup>129</sup>.

-La cooperación judicial en materia civil cuenta ahora con un principio que gobierna todo este sistema “principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”<sup>130</sup>. Este principio de reconocimiento mutuo significa que cualquier situación jurídica “válida y existente” en un Estado miembro, se debe considerar de la misma forma “válida y existente” en todos los demás Estados miembros, sin tener en cuenta la Ley nacional

---

<sup>129</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, “Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?”, *Diario La Ley*, nº 7479, Sección Doctrina, 30 Sep. 2010, Año XXXI, versión *online*.

<sup>130</sup> F. ALDECOA LUZÁRRAGA/ M. GUINEA LLORENTE, *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, 2ª ed, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 202.

que la autoridad del estado miembro de “origen aplicó para crear la situación jurídica”<sup>131</sup>. Si bien es cierto que la inclusión de este principio en el Art. 81 TFUE es novedosa, ya que no estaba contemplado en el anterior Art. 65 TCE, también lo es, que no hace más que reforzar una ideología que ya constituía la base esencial de la cooperación de judicial en materia civil. Por esta razón, la doctrina considera que es un aporte importante del Tratado de Lisboa, pero no es nada nuevo que se considere que el “reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”, es un principio clave para la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia” en la UE<sup>132</sup>.

-El Art. 81 TFUE extiende su ámbito de aplicación a todos los aspectos transfronterizos de carácter civil, ya sea Derecho de familia, de obligaciones u “otro dominio civil”<sup>133</sup>. La limitación de la cooperación judicial en materia civil solo a asuntos con repercusión transfronteriza, tiene el objetivo de restringir dicha cooperación a asuntos meramente internos, sin embargo, subsisten los problemas interpretativos de algunos supuestos para conocer si solo afectan a las situaciones al interior de la UE, o afectan igualmente a las situaciones externas<sup>134</sup>. De todas formas esta limitación es de vital importancia para los aspectos procesales<sup>135</sup>.

- Otro cambio importante es que en el Tratado de Ámsterdam las medidas que se adoptaban para la cooperación judicial en materia civil, además de tener una repercusión transfronteriza, se enfocaban en el buen

---

<sup>131</sup> M.D. ORTIZ VIDAL "Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa...", p. 393.

<sup>132</sup> H. AGUILAR GREDIEL, "La cooperación judicial internacional en materia...", p. 316.

<sup>133</sup> A. CHICHARRO LÁZARO "El Tratado de Lisboa y el programa...", p. 7.

<sup>134</sup> A. BORRÁS, "La cooperación judicial civil en el espacio de libertad, seguridad y justicia", en F. ALDECOA LUZÁRRAGA et. al, (coord.), *La presidencia española de la Unión Europea en 2010: Propuestas para una agenda ambiciosa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 365- 380, concr. p. 366.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 441.

funcionamiento del mercado interior. En la redacción del Art. 81 TFUE se establece el carácter independiente de la cooperación judicial en materia civil respecto del mercado interior, siendo este un cambio positivo y una “evolución” de esta relación<sup>136</sup>. Lo anterior porque ya no existirá “una subordinación del espacio al mercado”, sino que mantendrán “objetivos diferenciados”. Lo anterior es importante porque las medidas que se adopten con el objetivo de alcanzar la cooperación judicial en materia civil, no necesariamente deberán repercutir en el buen funcionamiento del mercado interior<sup>137</sup>.

Este carácter independiente debe entenderse, a pesar de que el Art. 81 TFUE hace una referencia al mercado interior en su apartado segundo: “A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior”, sin embargo, dicha referencia debe interpretarse como una sola “ilustración” al mercado interior, que en nada afecta la independencia de la cooperación judicial en materia civil<sup>138</sup>.

-En cuanto a las medidas que pueden adoptar el Parlamento Europeo y el Consejo para unificar las normas de DIPr. de acuerdo al Art. 81 TFUE, no son sustancialmente diferentes a las contempladas en el Art. 65 del Tratado de Ámsterdam, aunque es evidente el “cambio de tono”<sup>139</sup>. Específicamente en lo referente a la unificación de las normas sobre conflicto de leyes y jurisdicción, el Art. 65 del Tratado de Ámsterdam contemplaba “fomentar la compatibilidad” de estas materias del DIPr. El Tratado de Lisboa ha cambiado la redacción del precepto, y ha incluido la expresión “garantizar la compatibilidad”. En la práctica este cambio no va a

---

<sup>136</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, “Cooperación civil y tratado de Lisboa...”, versión *online*; A. BORRÁS, “La cooperación judicial en materia...”, p. 441.

<sup>137</sup> M.D. ORTIZ VIDAL “Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa...”, p. 381.

<sup>138</sup> A. BORRÁS, “La cooperación judicial en materia...”, p. 441.

<sup>139</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, “Cooperación civil y tratado de Lisboa...”, versión *online*.

representar una transformación de la forma de unificar las normas sobre conflicto de leyes y de competencia judicial internacional, simplemente se ha incorporado un término más preciso que el establecido en el Tratado de Ámsterdam. De todas formas, queda claro que la unificación de las normas de DIPr. a escala de la UE, constituye uno de los principales objetivos de la cooperación internacional en materia civil, siendo esta medida, un complemento directo del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, pues con un DIPr. uniforme, se eliminarían muchos de los obstáculos para conseguir la total erradicación del exequátur, y de esta manera, alcanzar un verdadero espacio judicial en la UE<sup>140</sup>.

**49.** El denominado proceso de “comunitarización” del DIPr. que inició el Tratado de Ámsterdam y que ahora reafirma el Tratado de Lisboa, puede desarrollarse mediante dos vías, la armonización y la unificación. La *armonización* legislativa impulsa la integración de las normas jurídicas de la UE, con la característica especial de que no excluye el pluralismo jurídico, aunque procura su acercamiento. Por lo tanto, una Directiva de la UE – principal instrumento armonizador- requiere que cada Estado plasme en su Ley interna las disposiciones que se pretenden armonizar<sup>141</sup>. Es decir, conlleva una “obligación de resultado” que le permite al Estado adaptar su Derecho interno de acuerdo al objetivo propuesto<sup>142</sup>. La *unificación* por su parte, tiene como principal instrumento al Reglamento de la UE, que cuenta con un texto uniforme que es de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados miembros, lo que permite alcanzar una completa uniformidad

---

<sup>140</sup> H. AGUILAR GREDIEL, "La cooperación judicial internacional en materia...", p. 328.

<sup>141</sup> P.A. DE MIGUEL ASECIO, "Integración Europea y Derecho...", pp. 413-445, *versión online*.

<sup>142</sup> M. FALLON, "Les projets européens en matière de conflits de lois: une mise en contexte", *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, nº 4, 2006, pp. 503-47, *concr.* p. 509.

normativa, superando los inconvenientes que presenta la diversidad jurídica de ámbito nacional.

Estas normas jurídicas de la UE son de aplicación preferente, es decir, cuando exista colisión entre la norma jurídica de la UE y una norma interna o incluso Convencional, se debe aplicar la disposición de la UE. Adicionalmente, son de aplicación inmediata, es decir, no necesitan del pronunciamiento de los órganos legislativos nacionales, y dicha aplicación ha de tener un “efecto directo”, lo que provoca que cualquier persona pueda exigir su aplicación ante un juez nacional<sup>143</sup>. Sin embargo, y aunque los distintos Tratados no han establecido la forma de concretar la compatibilidad de las normas de DIPr., las instituciones de la UE han elegido al Reglamento como instrumento prioritario para plasmar la uniformidad del DIPr<sup>144</sup>.

En el ámbito de la Ley aplicable a los contratos internacionales la competencia de la UE existe para “favorecer la compatibilidad de las normas nacionales que rigen las relaciones transfronterizas que interesan al mercado interior”<sup>145</sup>. En efecto, esta armonización y unificación de las normas de DIPr. producen un “efecto positivo” en el buen funcionamiento del mercado interior, puesto que aumenta la seguridad jurídica al permitir que las partes obtengan una mayor previsibilidad de la Ley que se aplicará a la situación jurídica internacional, reduciéndose de esta manera los costes de transacción conflictual<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> CALVO CARAVACA, A.L., "El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 21, 2003, pp. 49-69, concr. p.56.

<sup>144</sup> H. AGUILAR GREDIEL, "La cooperación judicial internacional en materia...", p. 328.

<sup>145</sup> M. FALLON, "Les projets européens en matière de conflits de lois...", p. 508.

<sup>146</sup> M.D. ORTÍZ VIDAL, "Espacio judicial Europeo y Tratado de Lisboa: Hacia un nuevo Derecho Internacional Privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2010, vol. 2, nº 1, pp. 376-402, concr. p. 401.

**50.** El DIPr. de la Unión se encuentra inmerso actualmente en un proceso de evolución. Dicho proceso comporta el nacimiento de nuevas disposiciones uniformes, y la transformación de instrumentos de DIPr. de carácter Convencional en cuerpos jurídicos emanados de la UE.

El CR, es tal vez uno de los cuerpos jurídicos internacionales de DIPr. más importantes de las últimas dos décadas; dicho Convenio también ha sido transformado en un Reglamento de la UE. El siguiente apartado analizará este importante Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, como principal antecedente e inspiración del nuevo Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, el Reglamento Roma I.

## **2. El Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.**

### **A) Aspectos introductorios.**

**51.** El CR de 1980 era uno de los instrumentos convencionales unificadores de normas de DIPr. más importantes, no solo en el ámbito estrictamente de la UE, sino que alcanzó a influenciar cuerpos legales de otros países, e incluso de Derecho uniforme regional<sup>147</sup>. El CR plasmaba en todo su articulado una novedosa, elegante y práctica forma de resolver el conflicto de leyes, cimentada sobre los tres principios superiores del comercio internacional: la autonomía de la voluntad, el principio de proximidad, y la protección a la parte débil del contrato<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Así lo reconoce NERINA BOSCHIERO: la convenzione "si configuri ancora oggi come uno strumento internazionale di successo, a cui vanno indubbiamente riconosciuti moltissimi meriti", *vid.* N. BOSCHIERO, "Verso il rinnovamento e la trasformazione della...", p. 321. El CR influenció enormemente a la Convención Interamericana sobre ley aplicable a los contratos internacionales de México 1994.

<sup>148</sup> *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...", p. 54; P. LAGARDE, "Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations

**52.** Este sofisticado cuerpo jurídico de Derecho internacional privado nació como complemento del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>149</sup>. La Unión contaba con una norma que unificaba los aspectos referentes a la competencia judicial internacional en materia obligaciones contractuales, pero carecía de un cuerpo jurídico que agrupara todas aquellas disposiciones sobre la Ley aplicable al contrato internacional. Esta situación repercutía de manera negativa, puesto que se dejaba la puerta abierta para una elección “fraudulenta” de la Ley aplicable al contrato, la cual estaba “predeterminada por la conveniencia de su norma de Derecho aplicable”, es decir, el *fórum shopping*<sup>150</sup>. Mediante el Convenio de Bruselas los jueces de los Estados miembros determinaban su competencia o incompetencia judicial internacional basados en la misma normativa. No obstante, como no existía un cuerpo jurídico unificado en materia de Ley aplicable, el juez nacional que se declaraba competente mediante la utilización de las disposiciones del Convenio de Bruselas, acudía a su Ley de DIPr. interna, para establecer la Ley que regularía el contrato, produciendo de esta forma, que la Ley aplicable al contrato internacional fuese distinta dependiendo de las disposiciones de cada país. Lo anterior produjo que las partes del contrato buscasen estacionar el litigio en el tribunal del país donde las leyes internas de DIPr., designaran como Ley

---

contractuelles (Rome I)”, *Rev. crit. DIP*, 2006, pp. 331-349, concr. p. 334; A. RODRÍGUEZ BENOT, “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: Balance y perspectivas de futuro”, en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (dir.) *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 497-534, concr. p. 501.

<sup>149</sup> Sobre este aspecto *vid.* O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *Common Market Law Review*, nº 45, 2008, pp. 1687–1725, concr. p. 1687; P. PICONE, “Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti”, en P. PICONE (ed.), *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Cedam, Pádova, 2004, pp. 485-525, concr.p. 498.

<sup>150</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, pp. 595-616, concr. p. 609.



aplicable la Ley nacional más favorable a sus intereses (*forum shopping*), lo que se tradujo en inseguridad jurídica<sup>151</sup>.

**53.** Precisamente para brindar una solución a este problema fue creado el CR, y de inmediato se constituyó en un elemento vital en la armonización de las disposiciones de DIPr. al interior de la UE<sup>152</sup>. El CR al uniformar las normas sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales, dotó de seguridad jurídica a las relaciones comerciales extraterritoriales en la Unión, proporcionando un gran equilibrio entre la libertad de las partes del contrato, y el necesario pero a veces repulsivo intervencionismo estatal<sup>153</sup>.

## **B) Antecedentes del Convenio de Roma.**

**54.** El primer paso hacia la consecución de una normativa conflictual uniforme para la UE lo dio el Representante permanente de Bélgica en 1967, en nombre de su Estado, de los Países Bajos y de Luxemburgo, cuando dirigió una invitación a la Comisión para que se unificara el DIPr. y se codificaran las normas de conflicto al interior de la Unión Europea<sup>154</sup>. La propuesta se basaba en tres consideraciones principales: a. Dificultad de una total unificación normativa, b. Reforzar la

---

<sup>151</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980", en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-143, concr. p. 44.

<sup>152</sup> P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 287-340, concr. 290.

<sup>153</sup> En este sentido *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER, "El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo", *Aranzadi Civil*, nº 12, 2009, versión *on line*; M. VIRGOS SORIANO, "La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Noticias CEE*, nº 61, febrero de 1990, pp. 83-84, concr. p. 83.

<sup>154</sup> R. PLENDER/ M. WILDERSPIN, *The European private international law of obligations*, 3ª ed., Thomson Reuters, Londres, 2009, p. 6.

seguridad jurídica y, c. Evitar la propagación de la heterogeneidad de normas de DIPr. de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>155</sup>.

**55.** La Comisión invitó a los Estados a reunirse para decidir si se debía iniciar el proceso de unificación de estas normas de DIPr. Esta reunión se llevó a cabo en dos sesiones, del 26 al 28 de febrero y del 20 al 22 de octubre de 1969, donde los expertos finalmente se pronunciaron sobre la conveniencia y el ámbito de armonización, así como el proceso a seguir para alcanzar dicho objetivo.

Los Estados miembros aceptaron que esta uniformidad legal contribuiría a la seguridad jurídica de la Unión Europea<sup>156</sup>. Por ello, decidieron enfocar su esfuerzo en las materias que estuviesen estrechamente relacionadas con el buen funcionamiento del mercado interior<sup>157</sup>. Un aspecto de vital importancia era la base jurídica sobre la cual recaería esta armonización. Las delegaciones coincidieron en que, aunque no estaba relacionada expresamente con el Art. 220 del TCCE, debería ser la prolongación del Convenio sobre la competencia judicial internacional. Lo anterior, condujo a la formación de un grupo de trabajo para alcanzar dicho cuerpo uniforme<sup>158</sup>. El trabajo se llevó a cabo desde 1970 hasta junio de 1972, cuando el texto del proyecto de la Convención fue entregado a los

---

<sup>155</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992, p.3.

<sup>156</sup> Aunque la delegación Alemana expresó sus preocupaciones con el proceso de unificación normativa, decidió apoyar el proceso vinculándose a las mesas de trabajo.

<sup>157</sup> Estas áreas de trabajo fueron: la ley aplicable a los bienes corporales e incorporales, la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extratcontractuales, la ley aplicable a la forma de los actos jurídicos y a la prueba, las cuestiones generales relativas a los apartados anteriores (reenvío, calificación, aplicación de la ley extranjera, derechos adquiridos, orden público, capacidad, representación). *Vid.* M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p.5.

<sup>158</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p.7.

Estados miembros<sup>159</sup>. El texto del proyecto presentado englobaba los temas de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y las extracontractuales.

Posteriormente se sumaron a los grupos de trabajo los nuevos miembros de la UE “Reino Unido, Dinamarca e Irlanda”. Esta inclusión retrasó considerablemente los trabajos, puesto que debió otorgárseles tiempo para realizar las consultas con sus propios gobiernos y partes interesadas. Otro aspecto que diluyó el proceso fue la “incertidumbre política” del Reino Unido respecto de su incorporación a la UE.

**56.** Fue hasta la reunión de 1978 donde se empezaron a tomar decisiones de importancia. La más trascendente fue limitar el convenio a los aspectos meramente contractuales, sobre la base de que las obligaciones de carácter extracontractual tenían en ese momento poca importancia, puesto que la mayoría de Estados miembros aplicaban la *lex loci delicti*<sup>160</sup>. Los trabajos continuaron y en febrero de 1979 se dio fin al proyecto de Convenio que se remitió al Consejo de la Unión Europea para que los Estados manifestaran sus respectivas observaciones. Los gobiernos de Bélgica, Países Bajos, Dinamarca, Irlanda, Alemania, Luxemburgo y el Reino Unido, presentaron sus respectivas observaciones al proyecto.

El 16 de enero de 1980 el Comité de Representantes Permanentes creó una comisión especial de trabajo cuyo mandato fue ultimar el texto de la Convención a la luz de las observaciones hechas por los Estados miembros. Un segundo encargo fue hecho a esta comisión, se le pidió analizar la

---

<sup>159</sup> R. PLENDER, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the choice of law for contracts*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2001, parr. 1-26.

<sup>160</sup> P. ROSS WILLIAMS, “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, nº 1, (Jan., 1986), pp. 1-31, concr. p. 4.

posibilidad de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuviera competencia para interpretar el Convenio, y de ser afirmativa la respuesta, estimar cuál sería su alcance. En las reuniones de marzo y abril de 1980 el grupo alcanzó un acuerdo general sobre las disposiciones sustantivas del Convenio, pero no logró un consenso en cuanto a la labor interpretativa por parte del TJUE, ni en el aspecto referente al número de ratificaciones necesarias para que la Convención pudiera entrar en vigor. Estos dos aspectos fueron considerados por los Ministros de Justicia de los Estados miembros, en la reunión llevada a cabo en la ciudad de Roma el 19 de junio de 1980. Finalmente se llegó a un acuerdo sobre la redacción de una declaración conjunta para que el TJUE tuviera competencia para interpretar el Convenio, y asimismo, se acordó que el número de ratificaciones necesarias para que la Convención entrara en vigor sería fijado en siete<sup>161</sup>.

**57.** La Convención de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales fue abierta para la firma el 19 de junio de 1980 y fue firmada por los Estados miembros en ese momento (Bélgica, Alemania, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos) con la única excepción de Grecia.<sup>162</sup> El Reino Unido por su parte, firmó la Convención en 1981<sup>163</sup>. El CR entró en vigor el 1 de Abril de 1991 para Italia, Reino Unido, Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca y Grecia; el 1 de Septiembre de 1991 entró en vigor para Los Países Bajos, y en Enero de 1992 para Irlanda<sup>164</sup>. En 1992 también España y Portugal adhirieron a la Convención mediante el Convenio de Funchal de 18 de mayo de 1992 que

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>162</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p.7.

<sup>163</sup> L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on the conflict of laws*, 13<sup>o</sup> ed, vol. II, Sweet and Maxwell, London, 2000, p. 1198.

<sup>164</sup> *Vid.* P. STONE, *The Conflict of Laws*, Longman, London, 1994, p. 224; C. BIANCA /A. GIARDINA, "Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)", *Le nuove leggi civile commentate*, 1995, pp. 901 y ss.

entró en vigor el 1 de septiembre de 1993<sup>165</sup>. Posteriormente lo hizo Austria, Suecia y Finlandia por medio del Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1996, que entró en vigor el 1 de octubre de 1998<sup>166</sup>. En el año 2005 entró en vigor a los nuevos miembros de la Unión Europea, República Checa, Chipre, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia. Existe adicionalmente una Decisión del Consejo de 25 de abril de 2007 referente a la adhesión de Rumanía y Bulgaria al CR<sup>167</sup>.

**58.** Finalmente, es importante resaltar que incluso antes de la entrada en vigor del CR, la Convención fue aplicada unilateralmente en Dinamarca mediante la Ley de 5 de mayo de 1984, en Luxemburgo por medio de la Ley de 25 de julio de 1986, en Bélgica a través de la Ley de 14 de julio de 1987, y en Alemania mediante la Ley de 25 de julio de 1986. Aunque Alemania introdujo muchas modificaciones respecto del texto de la Convención<sup>168</sup>.

### **C) Caracteres básicos del Convenio de Roma.**

**59.** El objetivo principal del CR era dotar a los Estados miembros de la UE, de un cuerpo jurídico uniforme sobre el tema de la Ley aplicable a los contratos internacionales, con el fin de eliminar todos los inconvenientes que se derivaban de la pluralidad de normas de conflicto en el ámbito de los

---

<sup>165</sup> DOCE L 333 de 18 de diciembre de 1992.

<sup>166</sup> DOCE C 15 de 15 de enero de 1997.

<sup>167</sup> Acta de adhesión de Bulgaria y Rumania de 2005 puede verse en DO L 157 de 21 de junio de 2005, p. 203, *vid.* E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Madrid, Comares, 2009, p. 12.

<sup>168</sup> B. DUTOIT, "The Rome Convention on the Choice of Law for contracts", en B.V. HOFFMANN (ed.), *European Private International Law*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998, p. 40.

contratos internacionales<sup>169</sup>. De esta manera, se “aumentaría el nivel de la seguridad jurídica, se reforzaría la confianza en la estabilidad de las relaciones jurídicas, se facilitarían los acuerdos sobre la competencia según el Derecho aplicable, y se acrecentaría la protección de los derechos adquiridos para el conjunto del Derecho privado”<sup>170</sup>.

**60.** El CR no era en sentido estricto Derecho de la UE, debido a que para la época de su creación, la UE no tenía competencia para crear Directivas y Reglamentos que permitieran la unificación de las normas de conflicto en los Estados miembros<sup>171</sup>. Es por eso, que el CR era formalmente un tratado de la UE en sentido amplio, con una clara e innegable conexión con la Unión<sup>172</sup>. Varias razones respaldan esta afirmación. En primer lugar porque nació vinculado con el Convenio de Bruselas, el cual, derivaba del antiguo Art. 220 del Tratado de Roma que posteriormente fue el Art. 293

---

<sup>169</sup> Vid. M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable ...", p. 8; C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, "La propuesta comunitaria de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Una primera aproximación", en M.P. CANEDO ARRILLAGA (coord.), *Diversas implicaciones del Derecho transnacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 331-366, concr. p. 332.

<sup>170</sup> Vid. C. BIANCA /A. GIARDINA, "Convenzione sulla legge applicabile alle...", pp. 901 y ss. Conclusiones del abogado general SR. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

<sup>171</sup> Como tampoco lo era en estricto sentido el Convenio de Bruselas, así lo entiende M. FALLON: "L'un et l'autre ne sont pas pour autant des actes communautaires au sens strict. Traités internationaux issus de la coopération intergouvernementale, ils n'émanent pas d'une institution communautaire et la Communauté n'y est pas partie. Par conséquent, ils n'entrent pas dans la catégorie des actes susceptibles d'un contrôle juridictionnel de la Cour de justice par l'effet de plein droit des dispositions pertinentes du Traité instituant la Communauté européenne: c'est bien pourquoi des protocoles furent nécessaires pour permettre un pouvoir d'interprétation de la Cour". M. FALLON, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intègre: l'expérience de la Communauté européenne", *Recueil Des Cours*, t. 253, 1995, pp. 9-282, concr.p 168; en el mismo sentido vid. M. BOGDAN, "Contracts in cyberspace and the new Regulation Rome I", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 3, Issue 2 (Fall 2009), pp. 219-226, concr. p. 220.

<sup>172</sup> R. MICHAELS, "The New European Choice-of-Law Revolution", *Tulane Law Review*, vol 28, nº 5, May 2008, pp. 1607-1644, concr. p.1618.

TCE<sup>173</sup>. En segundo lugar, porque el CR solo podía estar conformado por países miembros de la UE de acuerdo al Art. 28.1CR<sup>174</sup>. Asimismo, la vinculación con el Derecho de la UE se aprecia en el Art. 20 CR<sup>175</sup>. En este precepto los redactores del Convenio expusieron la coordinación del CR con los distintos instrumentos de la UE<sup>176</sup>. En tercer lugar, se puede percibir claramente la conexión del CR con el Derecho de la UE al elaborarse dos protocolos de interpretación por parte del TJUE, en donde queda claro que el perfil dado al CR era el de una norma de ámbito de la UE<sup>177</sup>. No obstante lo anterior, algunos autores han sostenido radicalmente que el CR no era Derecho de la UE, y que era simplemente una Convención entre los Estados miembros, al igual que muchos otros tratados, pues la Unión como tal, no era parte en dicha Convención<sup>178</sup>.

---

<sup>173</sup> P. PICONE, "Diritto internazionale privato comunitario e pluralità...", p. 493.

<sup>174</sup> Artículo 28.1 Convenio de Roma: "El presente Convenio estará abierto a partir del 19 de junio de 1980 a la firma de los Estados partes del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea".

<sup>175</sup> Artículo 20 del Convenio de Roma: "Prioridad del Derecho comunitario. El presente Convenio se entiende sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o estarán contenidas en los actos derivados de las instituciones de las Comunidades Europeas o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos".

<sup>176</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, "La propuesta comunitaria de Reglamento sobre la ley...", con.cr. p. 334.

<sup>177</sup> El primer protocolo atribuía competencia de interpretación al TJUE y organizaba el procedimiento para la remisión prejudicial, el segundo declara que el TJUE tiene competencia en virtud del primer protocolo. Los protocolos fueron firmados el 19 de diciembre de 1988 en Bruselas pero tan solo entraron en vigor el 1 de agosto de 2004, cuando Bélgica realizó la última ratificación mediante la ley del 25 de Abril de 2004. *Vid.* F. RIGAUX/M. FALLON, *Droit international privé*, 3ªed., De Boeck & Larcier, Bruxelles, 2005, p. 794. Mediante estos protocolos el TJCE ha interpretado el CR en dos oportunidades: TJCE (Gran Sala), sentencia de 15 marzo 2011. Caso Heiko Koelzsch contra Duché de Luxembourg 8 de octubre de 2004) y TJCE (Gran Sala), sentencia de 6 octubre 2009. Caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v Balkenende Oosthuizen y otros.

<sup>178</sup> Este aspecto es mencionado por el Profesor STRUYCKEN, aunque él comparte la opinión de que el CR y el Convenio de Bruselas ya hacían parte del Derecho de la UE. *Vid.* V.M. STRUYCKEN, "Private Law Contracts to which the European Community is Party", en T.EINHORN/ K. SIEHR (ed.), *Intercontinental Cooperation Through Private International Law*, TMC Asser Press, The Hage, 2004, p. 394.

**61.** Este cuerpo normativo basaba la mayor parte de sus disposiciones en regular la Ley aplicable al “fondo del contrato”, esto es, aquellas obligaciones de las partes que surgían del contrato mismo. No obstante, el Convenio se encargaba de regular la Ley aplicable a otros aspectos del contrato, tales como su forma, modalidad de ejecución de las obligaciones, y algunos aspectos inherentes a la prueba<sup>179</sup>.

El CR era un cuerpo jurídico que regulaba la Ley aplicable a toda clase de contratos internacionales de índole patrimonial. Así es, cualquier tipo de contrato podía ser regulado mediante el CR, aunque hay que tener en cuenta que el Convenio contenía disposiciones específicas para algunas categorías de contratos, por lo que todo lo no regulado en esos apartados, sería gobernado por las disposiciones generales. No obstante el carácter general del CR, existían ciertas obligaciones contractuales que no estaban dentro de su ámbito de aplicación. Un primer grupo lo conformaban aquellas obligaciones contractuales que estaban reguladas en cuerpos jurídicos específicos de carácter internacional<sup>180</sup>. El segundo bloque lo constituían aquellas obligaciones que carecían de contenido patrimonial (obligaciones de alimentos, sucesiones etc.) y que se insertaban dentro del ámbito del Derecho de familia, el cual tenía también su propia regulación<sup>181</sup>.

**62.** Las disposiciones contenidas en el CR se aplicaban a aquellas situaciones jurídicas que constituían un “conflicto de leyes” en los contratos internacionales, y esto ocurría cuando el contrato presentaba vínculos con

---

<sup>179</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las...", p. 45.

<sup>180</sup> En este sentido la Audiencia Provincial de Madrid no aplica el CR por existir norma material uniforme sobre transporte internacional de mercancías. SAP, Madrid, de 22 de octubre de 2002.

<sup>181</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las...", concr. p. 55.



más de un país. Los redactores del Convenio prefirieron utilizar la expresión “conflicto de leyes” en lugar de “contratos internacionales” o “situaciones de carácter internacional”, puesto que con ella se abarcaba un mayor número de relaciones jurídicas<sup>182</sup>. Los redactores del Convenio entendieron que la Ley aplicable a los contratos y a las obligaciones que de él se deriven, no siempre debía ser la del Estado en que se cuestionaban los problemas de interpretación o ejecución del mismo, pues en muchas ocasiones, ésta Ley no era la más idónea para regir el destino del contrato. Estas situaciones se dan cuando el contrato presenta al menos un elemento de “extranjería”, pues las normas legales de varios Estados serían aptas para regular el problema contractual. Es precisamente en estos casos donde las normas de conflicto uniformes como el CR vienen a otorgar solución al problema<sup>183</sup>.

**63.** A pesar de que el CR era un instrumento jurídico de carácter cerrado -solo podía ser ratificado por países miembros de la UE-, su aplicación era de carácter universal<sup>184</sup>. El carácter universal del Convenio, era tal vez, uno de sus rasgos más característicos, y significaba que las normas del CR se aplicaban sin importar la ley designada bajo sus disposiciones, es decir, no importaba si la ley designada era la de un Estado parte o no del CR. Asimismo el carácter universal implicaba, que las normas

---

<sup>182</sup> P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des...", p. 293.

<sup>183</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p.10.

<sup>184</sup> Vid. C. ESPLUGUES MOTA/J. A. MORENO RODRÍGUEZ, "La contratación internacional: Régimen general", en C. ESPLUGUES MOTA/ D. HARGAIN (Coord.) *Derecho del comercio internacional*, Reus, Madrid 2005, pp. 281-344, concr. p. 317. M. FALLON, "Approche systémique de l'applicabilité dans l'espace de Bruxelles I et de Rome I", en J. MEEUSE, *Enforcement of international contracts in the European Union: convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Antwerp, 2004, pp. 127-174, concr. p.132; M. FALLON, "Un 'Restatement' européen du droit des conflits de lois en matière de contrats: la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Assuntos Europeus*, 1984, núm.2, pp. 155-181.

del CR se aplicaban sin tener en consideración la nacionalidad, residencia, domicilio de las partes, o cualquier otra circunstancia del contrato<sup>185</sup>.

64. El papel dispuesto a la autonomía de la voluntad en el Convenio era prioritario<sup>186</sup>. Llegando incluso a afirmarse que constituía la “piedra angular” que inspiraba todo su articulado<sup>187</sup>. Esta libertad se veía materializada al permitírsele a las partes elegir por mutuo acuerdo la Ley que gobernaría su negocio jurídico, incluso, si ésta no tenía ningún vínculo objetivo con el contrato<sup>188</sup>. Es decir, los contratantes podían elegir cualquier Ley, incluso una Ley “neutra”, sin tener que justificar las razones de su elección<sup>189</sup>. Dicha posibilidad se veía fortalecida al no existir restricciones respecto del momento de hacer la elección, pudiéndose realizar aun después de la conclusión del contrato, en cualquier momento durante el

---

<sup>185</sup> D. BUREAU/ H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, Partie spéciale, Thémis, 2007, Paris, p. 301.

<sup>186</sup> Vid. L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación característica*, Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 47.

<sup>187</sup> P. LAGARDE/ A. TENENBAUM, "De la convention de Rome au règlement Rome I", *Revue critique de droit international privé*, vol. 97, n° 4, 2008, pp. 727-780, concr. p.734; 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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654 final, p. 11, en el mismo sentido vid. M. J. SERRANO GARCÍA, *Competencia judicial y ley aplicable...*, p. 103.

<sup>188</sup> El principio de la libre elección de la ley aplicable al contrato por parte de los contratantes ya había sido consagrado por los Tribunales Franceses mucho antes de la entrada en vigor del CR en el célebre juicio “*American Trading*” donde consagra que: “La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée”. Vid. D. BUREAU/ H. MUIR WATT, *Droit international privé...*, p. 302. En Bélgica por su parte, la primera aplicación explícita de la autonomía conflictual de los contratantes se remonta a la decisión de la Cour de cassation de Belgique Antwerpia du 24 février 1938, que fuertemente inspirada en la jurisprudencia francesa expone que “la loi applicable aux contrats, tant pour leur formation que pour leurs conditions et effets, [est] celle que les parties ont adoptée”. Vid. F. RIGAUX/M. FALLON, *Droit international privé...*, p. 797.

<sup>189</sup> P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des...”, p. 301.

tiempo en que durase el mismo, e incluso en la misma etapa judicial<sup>190</sup>. Adicionalmente los contratantes podían en cualquier momento cambiar una previa designación de ley, que podía basarse en el propio Art. 3 CR o en otras disposiciones del Convenio<sup>191</sup>.

No obstante el extenso margen legal para hacer efectiva la elección de la Ley del contrato por mutuo acuerdo entre las partes, el CR también establecía una serie de limitaciones a este Derecho. Dichas limitaciones se veían materializadas al exigirse que la elección de Ley debía hacerse de manera “expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”. Lo anterior significaba que las partes podían incorporar tal elección en una cláusula del contrato, en un documento anexo, o que el juez podría inferirla de los elementos del contexto contractual.

Asimismo, el Art. 3.3 CR limitaba la elección de la Ley aplicable al contrato cuando todos los elementos de la situación se localizaban en un país distinto al de la Ley elegida, pues aunque dicha elección era válida, se entendía sin perjuicio de las normas imperativas del país donde estuviesen ubicados todos los elementos de la relación jurídica<sup>192</sup>. No obstante, era

---

<sup>190</sup> Sobre el tema de la Autonomía conflictual en el Convenio de Roma pueden consultarse las siguientes sentencias, STSJ, Madrid, de 13 de junio de 2003; SAP, Santa Cruz de Tenerife, de 15 de noviembre de 2002; STSJ, Canarias, de 7 marzo 2005, JUR 2005\105359, High Court Queen's Bench division, March 15 2002, American Motorists Insurance v. Cellstar; High Court of Justice. Chancery Division. 25 May 2005. Ultra Motorhomes International v. Ultra Vehicles & Behlke Electronic; Tribunale Di Rovereto, sentenza 15 marzo 2007. Sobre el tema de la Autonomía conflictual por fuera del CR puede verse las siguientes sentencias: STS, Civil, de 8 de abril de 2005; STS, Civil, de 3 de julio de 2003; SAP de Tarragona, de 23 de octubre 2004; SAP Madrid, 3 de mayo 2006; STS, Civil, 19 de febrero de 1993.

<sup>191</sup> P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1998, p. 528.

<sup>192</sup> Vid. J.HARRIS, "Contractual freedom in the conflict of law", *Oxford journal of legal studies*, vol. 20, nº 2, 2000, pp. 247-269, concr. p. 251; D. BUREAU/ H. MUIR WATT, *Droit international privé ...*, p. 302; P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des ...", p. 301.

claro que el CR había otorgado a la autonomía de la voluntad un amplio margen de maniobra, que permitía afirmar que la utilización de las disposiciones sobre la Ley aplicable en defecto de elección, tenían un “carácter residual”<sup>193</sup>.

**65.** Si las partes no habían tomado la decisión conjunta de elegir la Ley que gobernaría su contrato, el CR contaba con una norma de conflicto basada en el principio de proximidad para suplir esta carencia. El Convenio disponía que en defecto de elección, el contrato sería regido por la Ley del país con el que tuviese los vínculos más estrechos, y a continuación exponía, que se presumía que el contrato tenía los vínculos más estrechos con el país de la residencia habitual de la parte contractual que debía realizar la prestación característica, si ésta podía ser determinada<sup>194</sup>.

El CR contemplaba también otras presunciones en materia de transporte de mercancías y Derechos reales. No obstante las reglas anteriores, un juez podía descartar estas presunciones cuando encontrara que las circunstancias del caso hacían que el contrato presentara los vínculos más estrechos con otro país. Al igual que el Convenio de Bruselas, el CR contaba con normas que buscaban proteger a las denominadas partes débiles del contrato, esto es, a los trabajadores y a los consumidores<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> L.F.CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación...*, p. 47.

<sup>194</sup> P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 287-340, concur. 306. La doctrina inglesa consideró en su momento como “extraño” el hecho de que el CR incluyera presunciones dentro de la redacción del Art 4, puesto que para ese momento muchos Tribunales —especialmente los Ingleses— consideraban obsoleta su implementación. *Vid.* J.G. COLLIER, *Conflict of Law*, III ed, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 199.

<sup>195</sup> S. CROMIE, *International commercial litigation*, 2ª ed., Butterworths, London, 1997, p. 303; 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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654 final, p. 11. Sobre el contrato de consumo en el CR puede verse: C.G.J. MORCE, "Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention", *The International*

## D) Principales problemas del Convenio de Roma.

### a) Interpretación heterogénea.

66. Las normas contenidas en el Convenio de Roma no fueron interpretadas de manera uniforme, esto sucedió principalmente porque el juez nacional no pudo desligarse de las soluciones conflictuales tradicionales, y las utilizó para cubrir las lagunas del propio Convenio, o para construir una interpretación particular del mismo<sup>196</sup>.

Las mayores dificultades interpretativas se presentaron en el Art. 4 CR. Esta disposición que se basaba en el principio de proximidad, contemplaba una regla general (vínculos más estrechos) en su apartado primero, que era complementada por una presunción en el apartado segundo, la cual, en ciertos casos, podía ser relegada por el apartado quinto. Pues bien, la operatividad de la presunción (prestación característica) fue muy “problemática”, mientras que la relación entre los apartados 2 y 5, aún sigue siendo “controversial”<sup>197</sup>. Lo anterior influyó negativamente en la previsibilidad del Derecho aplicable a los contratos internacionales, trayendo como consecuencia inseguridad jurídica en la UE<sup>198</sup>. Efectivamente, la forma en que fue concebido el principio de proximidad dispuesto en el Art. 4 CR no

---

*and Comparative Law Quarterly*, Vol. 41, No. 1 (Jan., 1992), pp. 1-21. Sobre la protección de la parte débil del contrato en el CR (Trabajadores y Consumidores) puede verse, M. FALLON, "Approche systématique de l'applicabilité dans l'espace...", pp. 163, y ss.

<sup>196</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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654 final, p. 15.

<sup>197</sup> J. HILL, "Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, nº 2, (apr., 2004), pp. 325-350, concur. p.325.

<sup>198</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 199-219, concur. p. 200.

se comprendió uniformemente por los jueces de los Estados parte, quienes en algunos casos estaban acostumbrados a normas de conflicto rígidas, y en otros casos aunque contaban con disposiciones flexibles, dicha flexibilidad no estaba limitada por unas presunciones.

**67.** Esta diversidad interpretativa del principio de proximidad tuvo varias consecuencias: en primer lugar, se revivieron antiguas soluciones del Derecho interno, y se tendió a aplicar su propio Derecho sustantivo, trayendo como consecuencia justamente lo que el propio convenio pretendía evitar el “*legeforismo*”<sup>199</sup>. En segundo lugar, los redactores del Convenio nunca pretendieron que las normas generales fueran desplazadas tan fácil y rápidamente por la cláusula de escape, pues se corría el riesgo de dejar sin efecto la norma general del Art. 4.2 CR<sup>200</sup>. Sin embargo, muchos jueces nacionales abusaron de dicha cláusula ubicándola en el primer orden jerárquico para establecer la Ley aplicable al contrato, y de esta forma, cumplían con el objetivo de aplicar su propio Derecho al fondo del asunto. De esta manera, se le fue sustrayendo al Convenio uno de sus aspectos fundamentales “la previsibilidad del derecho aplicable”, cuestión que repercutía directa y negativamente en los operadores comerciales internacionales, pues no podrían encausar sus propias actuaciones a un Derecho previamente conocido<sup>201</sup>.

Por otra parte, existió una enorme dificultad para construir una jurisprudencia generalizada respecto de la parte que llevaba a cabo la prestación característica en algunos contratos. Esto produjo innumerables decisiones contradictorias, y dotó de inseguridad este punto de conexión.

---

<sup>199</sup> A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, p.54

<sup>200</sup> R. FENTIMAN, *International commercial litigation* ..., p. 221.

<sup>201</sup> A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, p.54.

**68.** Otro aspecto que influyó en esta divergencia interpretativa, lo dio el hecho de que algunos Estados incorporaron los artículos del CR en su propio Derecho interno, tal es el caso de Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca, y los Países Bajos<sup>202</sup>. Algunos de ellos incluso realizaron cambios en el texto<sup>203</sup>. Este problema se agudizó, al no poder contar con una interpretación uniforme del Convenio por parte del TJUE, pues el retraso de la entrada en vigor de sus protocolos, desembocó en una dispar forma de aplicar las disposiciones contenidas en el CR<sup>204</sup>. Es por eso, que la verdadera interpretación uniforme contemplada en el Art. 18 CR fue “en gran medida una ilusión”<sup>205</sup>.

#### **b) Carácter erga omnes.**

**69.** Uno de los rasgos más característicos del CR era su carácter *erga omnes*. Esta aplicación universal del texto del Convenio no fue bien entendida por los tribunales, pues en algunos casos, dejaron de aplicar el texto uniforme argumentando que uno o todos los contratantes no tenían residencia habitual en alguno de los Estados parte del Convenio<sup>206</sup>. De la misma forma, desatendieron las disposiciones del CR, cuando la Ley

---

<sup>202</sup> J.J FAWCETT/J.M. CARRUTHERS/ P.NORTH, *Private International Law*, 14 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 668.

<sup>203</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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654 final, p. 15.

<sup>204</sup> Como los protocolos de interpretación finalmente entraron en vigor en 2004, se llegó a considerar que ya no era necesario transformar el CR, puesto que acababa de desaparecer uno de sus principales problemas: la heterogénea interpretación del Convenio. Sin embargo, como el CR tenía otros problemas de gran entidad, se llegó a la conclusión de que se hacía necesaria su modificación. Sobre este aspecto *vid.*, H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin...”, p. 6; A. RODRÍGUEZ BENOT, “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco...”, p. 503.

<sup>205</sup> *Vid.* R. MICHAELS, “The New European Choice-of-Law ...”, p. 1618.

<sup>206</sup> Sobre este aspecto puede verse, STSJ, Madrid, de 7 de octubre de 1999.

designada mediante sus disposiciones, recaía en un país ajeno al CR<sup>207</sup>. Esta errada aplicación del CR llevó a que los tribunales desplazaran erróneamente la aplicación del Convenio, debiendo utilizar para solucionar el conflicto de leyes sus disposiciones internas<sup>208</sup>.

**c) No era en sentido estricto Derecho de la Unión Europea.**

70. A pesar de que el CR unificaba las normas sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales en la Unión, no hacía parte en sentido estricto del Derecho de la UE, toda vez que no derivaba Art. 220 del TCE (posterior Art. 293 TCE)<sup>209</sup>. Por lo tanto, no tenía los rasgos que caracterizan los instrumentos legales de la UE (el CR solo podía ser suscrito por los Estados de la Unión Europea, y contenía una duración circunscrita a 10 años, con posibilidad de renovación). Al unificarse las normas sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales mediante el Reglamento Roma II, y al elevarse a un Reglamento de la UE el Convenio de Bruselas, resultaba a todas luces inconveniente que la uniformidad conflictual para las obligaciones contractuales estuviese contenida en un Convenio Internacional<sup>210</sup>. Mucho más teniendo en cuenta que era el único instrumento de DIPr. “que mantenía la forma de un tratado internacional”, con las consecuencias negativas que de esa situación se derivan<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> Vid. SAP Bizkaia, de 11 de octubre 2006.

<sup>208</sup> Sobre el carácter erga omnes puede verse, E. JAYME y C. KOHLER “Europaisches Kollisionsrecht 2003: der Verfassungskonvent und das Internationale Privat- und Verfahrensrecht”, *IPRax*, 2003, p. 486.

<sup>209</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 1.

<sup>210</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

<sup>211</sup> N. BOSCHIERO, “Verso il rinnovamento e la trasformazione della ...”, p.331.



En suma, el CR y el Convenio de Bruselas constituían unos cuerpos normativos que se complementaban mutuamente, es por eso que al transformar el Convenio de Bruselas en Reglamento de la UE, y al unificar las normas sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, se hacía ineludible crear un instrumento propio de la UE para recoger las disposiciones contenidas en el CR<sup>212</sup>.

Todos estos inconvenientes de forma y de fondo que presentaba el CR, motivaron la transformación del Convenio en un Reglamento de la UE.

### **E) Transformación del Convenio de Roma en un Reglamento de la Unión Europea.**

71. El proceso de construcción del DIPr. de la UE basado en el Art. 65 TCE (hoy Art. 81 TFUE) hacía necesario transformar los instrumentos creados bajo la figura del Convenio Internacional<sup>213</sup>. Esta razón, en sí misma, justificaba la decisión de transformar el CR a una norma estrictamente de la UE. Sin embargo, son muchas otras las ventajas que presentó la inclusión unificada de las normas sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales al interior del Derecho de la UE.

#### **a) Ventajas de la transformación del Convenio de Roma en un Reglamento de la Unión Europea.**

##### **a') Mayor coherencia en la política legislativa de la Unión Europea en materia de DIPr.**

---

<sup>212</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 4.

<sup>213</sup> Sobre la transformación del CR en un instrumento de la UE puede verse: J. MEEUSEN / M. PERTEGÁS/G. STRAETMANS, "General Reports", en J. MEEUSEN / M. PERTEGÁS/G. STRAETMANS (ed.), *Enforcement of International Contracts in the European Union Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Oxford, 2004, pp. 1- 20, concr. p. 2.

**72.** Dada la estrecha vinculación que tienen los aspectos de competencia judicial internacional y los de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, resultaba totalmente incongruente seguir manteniendo en un Convenio Internacional el instrumento jurídico que designaba la Ley aplicable a los contratos internacionales en materia civil y comercial, en el ámbito de la UE<sup>214</sup>. Varias son las razones que respaldan esta afirmación: en primer lugar, el Derecho que tenían los Estados miembros a formular reservas, en concreto “relativas al apartado 1 del artículo 7 y a la letra e) del apartado 1 del artículo 10) previsto en el artículo 22”<sup>215</sup>. Con la creación del Reglamento Roma I, esta posibilidad desapareció de inmediato, lo que garantiza una uniformidad total en el texto. En segundo término, el Derecho que estaba en cabeza de los Estados parte (Art. 23CR) para adoptar normas nacionales de conflicto de leyes para una específica categoría de contratos. Una tercera razón la otorgaba el hecho de que los Estados miembros podían adherirse a Convenios multilaterales en materia de conflicto de leyes (Art 24). Y por último, el CR tenía una duración limitada temporalmente, aunque podría ser renovada (Art 30 CR).

**73.** Estos aspectos contenidos en el CR generaban dudas respecto de su compatibilidad con el nuevo “espacio de justicia” de la UE, tal como se expresa en el Libro Verde sobre la transformación del CR<sup>216</sup>. La gran mayoría de instrumentos de DIPr. se habían adoptado mediante la forma de Reglamento, por lo que se hacía necesario transformar el único instrumento

---

<sup>214</sup> Vid. 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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654 final, p.15; J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes*, 4ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 498.

<sup>215</sup> M. J. SERRANO GARCÍA, *Competencia judicial y ley aplicable...*, p. 105.

<sup>216</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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654 final, p.15.

de DIPr. que estaba plasmado en un Convenio Internacional<sup>217</sup>. De esta manera, podría avanzarse en la complementariedad de los textos propios de la UE, como pieza clave para alcanzar la seguridad jurídica en la Unión, “mediante la interpretación uniforme y teleológica de cada texto”<sup>218</sup>.

### **b') Competencia interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

**74.** Al transformar el CR en un Reglamento de la UE, se logró la unificación de las competencias del TJUE en todos los instrumentos de DIPr. de la Unión<sup>219</sup>. Dicho tribunal, propende para que todos ellos tengan una interpretación coherente de los conceptos legales comunes<sup>220</sup>. Asimismo, el TJUE promueve la aplicación uniforme del nuevo Reglamento que regula la ley aplicable a los contratos internacionales desde el momento mismo de su entrada en vigor, puesto que “automáticamente” tiene competencia para interpretar sus disposiciones<sup>221</sup>.

Como se vio en su momento, uno de los principales problemas del CR era precisamente su heterogénea interpretación. Esta circunstancia no pudo ser corregida durante muchos años por el TJUE, debido a que los protocolos firmados el 19 de diciembre de 1988 para que el Tribunal de Justicia tuviera competencia para interpretar el Convenio, tan solo entraron en vigor el 1 de

---

<sup>217</sup> A. BONOMI, "The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual obligations - Some General Remarks", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 165-176, conc. p.166.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p.166.

<sup>219</sup> S. FRANCO, "Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journal du droit international (Clunet)*, 2009, pp. 41-69.

<sup>220</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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654 final, p. 14.

<sup>221</sup> A. BONOMI, "The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual ...", p. 167.

agosto de 2004<sup>222</sup>. Demasiado tarde, pues esta circunstancia impidió que se contara con una jurisprudencia uniforme que diera solución a los múltiples problemas interpretativos del CR<sup>223</sup>. Por este motivo, el hecho de que el TJUE cuente con plena competencia desde su misma entrada en vigor, para interpretar el nuevo Reglamento que regula la Ley aplicable a los contratos internacionales en la UE, es una circunstancia que otorga seguridad, y garantiza que no se presentarán los problemas interpretativos del CR<sup>224</sup>.

75. Por último es necesario hacer una precisión, los protocolos de interpretación del CR permitían interponer el recurso prejudicial a los tribunales de última instancia y a los tribunales de apelación de acuerdo a lo contemplado en sus artículos 2 a y b<sup>225</sup>. Con la entrada en vigor del Reglamento Roma I y al ser de aplicación las disposiciones comunes del Art. 267 TFUE, tan solo podrá plantear el recurso prejudicial para la

---

<sup>222</sup> M. WILDERSPIN, "Le contrat. Les perspectives d'une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", en, A. FUCHS/ H. MUIR WATT/ E PATAUT (dir.) *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 173- 183, con.cr.p. 173.

<sup>223</sup> M. J. SERRANO GARCÍA, *Competencia judicial y ley aplicable...*, p. 105.

<sup>224</sup> N. BOSCHIERO, "Verso il rinnovamento e la trasformazione della...", p. 332.

<sup>225</sup> Art. 2 del Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Bruselas el 19 de diciembre de 1988: "Cualquiera de los órganos jurisdiccionales contemplados a continuación podrá solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre una cuestión planteada en un asunto pendiente ante él, relativa a la interpretación de las disposiciones de los instrumentos mencionados en el artículo 1, cuando dicho órgano jurisdiccional considere necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo: a) en Bélgica: la Cour de Cassation (het Hof van Cassatie) y le Conseil d'Etat (de Raad van State), en Dinamarca: Hesteret, en la República Federal de Alemania: die obersten Gerichtshöfe des Bundes, en Grecia: ta an \\'ztata Dikast \\'gria, en España: el Tribunal Supremo, en Francia: la Cour de cassation y le Conseil d'Etat, en Irlanda: the Supreme Court, en Italia: la Corte suprema di cassazione y el Consiglio di Stato, en Luxemburgo: la Ceur Supérieure de Justice siégant comme Cour de cassation, en los Países Bajos: de Hoge Raad, en Portugal: o Supremo Tribunal de Justiça y o Supremo Tribunal Administrativo, en el Reino Unido: the House of Lords y las demás jurisdicciones cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso; b) los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes cuando decidan en apelación".

interpretación del Reglamento Roma I por parte del TJUE, el tribunal de última instancia<sup>226</sup>.

**c') Facilitar la aplicación de normas de conflicto uniforme en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea<sup>227</sup>.**

**76.** Como el CR no era en estricto sentido Derecho de la UE, un nuevo integrante de la Unión debía realizar todos los procedimientos para su ratificación; dichos procesos eran complejos y demasiado lentos<sup>228</sup>. Con la adopción del Reglamento Roma I, este espinoso camino dejó de transitarse, ya que a un nuevo integrante de la UE le serán aplicables directamente todos los instrumentos jurídicos de la Unión<sup>229</sup>. En otras palabras, para los nuevos Estados que conformen la Unión Europea, el Reglamento Roma I

---

<sup>226</sup> Art. 267 TFUE "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad". Sobre este aspecto *vid.*, P. LAGARDE, "Remarques sur la proposition de règlement...", p. 331; T. BALLARINO, "La unificación de las reglas sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. La transformación en Reglamento del Convenio de Roma", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 331-344, *concr.* p. 336; T. BALLARINO, "Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I", *Rivista di diritto internazionale*, nº 1, 2009, pp. 40-64, *concr.* p. 41.

<sup>227</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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654 final, p. 14.

<sup>228</sup> N. BOSCHIERO, "Verso il rinnovamento e la trasformazione della...", p. 332.

<sup>229</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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654 final, p. 16.

“entrará en vigor de modo automático” sin necesidad de celebrar convenios de adhesión por separado como en el pasado<sup>230</sup>.

## **b) Elección del instrumento jurídico de la Unión Europea para transformar el Convenio de Roma.**

77. El proceso de transformación del CR necesitaba definir bajo qué figura jurídica de la UE debía plasmarse el contenido de la nueva disposición que regularía la Ley aplicable al contrato internacional. Como el ejercicio del poder normativo por parte de la UE se manifiesta principalmente por cinco figuras jurídicas, una de ellas sería la llamada a recoger el texto unificado: Directivas, Reglamentos, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes<sup>231</sup>. No obstante esta variedad de opciones, solo sobre las dos primeras podría reposar el nuevo instrumento de la UE. Para entender la decisión del legislador de la UE, baste recordar los rasgos básicos de cada una de ellas.

78. La Directiva es el instrumento tradicional de armonización de Ley en la Unión Europea, y está contemplada en el artículo 288 TFUE (antiguo 249 TCE)<sup>232</sup>. Dicho precepto, establece que una “directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Esto significa que la Directiva es un

---

<sup>230</sup> B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge ...*, p. 7; en el mismo sentido *vid*, A. BONOMI, "The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual ...", p. 167; J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p. 499.

<sup>231</sup> Art. 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: “Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado...”; V. ABELLAN HONRUBIA /B. VILÁ COSTA/ A. OLESTI, et al., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, IV ed., Barcelona, 2005, p. 131.

<sup>232</sup> J. BASEDOW, "EC Regulations in European Private Law", en J. BASEDOW/ I MEIER, et al. (ed.), *Private Law in the international Arena*, Asser press, Hage, 2000, p. 17.

instrumento de acción indirecta que contienen la delimitación del objetivo propuesto por la Unión, y que para cuyo cumplimiento, se hace necesaria la intervención de cada uno de los Estados miembros<sup>233</sup>. Efectivamente, este es un procedimiento en dos etapas, la primera a nivel de la UE, y la segunda en los propios Estados miembros, donde la legislación nacional debe ponerse en consonancia con la Directiva<sup>234</sup>. De esta manera, se busca armonizar las “disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas” de los sistemas jurídicos de los Estados miembros<sup>235</sup>.

Las Directivas no son actos de carácter general, van dirigidas únicamente a los Estados miembros, los cuales deberán plasmar en su normatividad interna el objetivo general que le impone la Directiva. En otras palabras, para que pueda producir efectos en los ciudadanos, las disposiciones contenidas en una Directiva, deben ser transpuestas por cada Estado, el cual, decidirá la forma jurídica más apropiada. Es por eso, que la Directiva no procura una unificación normativa en sentido estricto, lo que en realidad busca, es un acercamiento de los instrumentos jurídicos nacionales sobre una materia específica<sup>236</sup>.

**79.** Por su parte el Reglamento, a diferencia de la Directiva, tiene un “alcance general”, siendo “obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”<sup>237</sup>. Así pues, las

---

<sup>233</sup> J. M. PELÁEZ MARÓN, *Lecciones de Instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2000, p.124.

<sup>234</sup> J. BASEDOW, “EC Regulations in European Private ...”, p. 17.

<sup>235</sup> V. ABELLAN HONRUBIA /B. VILÁ COSTA/ A. OLESTI, et al., *Lecciones de Derecho...*, p. 134.

<sup>236</sup> J. M. PELÁEZ MARÓN, *Lecciones de Instituciones jurídicas de la...*, p. 126.

<sup>237</sup> *Vid.* D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus”, en C. REITHMANN/D. MARTINY (Ed.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der chuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1-190, concr. p. 51.

disposiciones plasmadas mediante la figura del Reglamento rigen de manera directa a los ciudadanos, sin necesidad de transposición posterior, lo que garantiza la total uniformidad de sus normas, pues rige obligatoriamente para todos los Estados. La aplicación directa de un Reglamento, conlleva la no intervención del órgano legislativo nacional, por lo que lo hace más ágil en la protección y regulación de los Derechos. Los Reglamentos tienen una vigencia inmediata, desde el mismo momento de su entrada en vigor, quedando totalmente prohibido cualquier intervención Estatal que pretenda obstaculizar la aplicabilidad de sus disposiciones<sup>238</sup>.

**80.** La principal diferencia entre una Directiva y un Reglamento, es que el Reglamento representa la idea de la “centralización normativa”, es decir, son normas de alcance general y que se aplican directamente a los miembros de la UE; mientras que la Directiva representa la idea “descentralizadora”, pues solo establecen los parámetros generales para una futura acción interna de los Estados<sup>239</sup>.

**81.** Pues bien, como el legislador de la UE debía plasmar las disposiciones sobre la Ley aplicable al contrato internacional en alguno de estos dos instrumentos jurídicos de ámbito de la UE, ha tenido en cuenta que el objetivo principal de la transformación del CR era la unificación de las normas sobre conflicto de leyes en materia de contratos internacionales, y no la regulación de un determinado aspecto de materia específica, como sucede en las Directivas sectoriales<sup>240</sup>. Basado en este aspecto, ha entendido que no existe un instrumento más idóneo para plasmar dicha

---

<sup>238</sup> J. M. PELÁEZ MARÓN, *Lecciones de Instituciones jurídicas de la...*, p. 123.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>240</sup> M. J. SERRANO GARCÍA, *Competencia judicial y ley aplicable...*, p. 107; 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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654 final, p.17.



transformación que el Reglamento<sup>241</sup>. Los Reglamentos de la UE son de aplicación directa, y proporcionan una uniformidad de texto que no sería posible conseguir mediante la Directiva<sup>242</sup>. Con la adopción de un Reglamento, no se necesitan actuaciones posteriores por parte de cada uno de los Estados miembros para que las disposiciones les sean de aplicación a los particulares, adicionalmente, con la adopción de un Reglamento, se logra de manera inmediata una uniformidad total en su texto, y se posibilita la interposición del Recurso Prejudicial para que el TJUE interprete el Instrumento de la UE<sup>243</sup>.

**82.** La decisión de adoptar el Reglamento para acoger la transformación del CR, no presentó grandes dificultades, y en términos generales las respuestas al libro verde iban encaminadas en este sentido, por lo que la doctrina jurídica lo ha recibido con satisfacción<sup>244</sup>. El Reglamento ha tenido un papel protagónico dentro de la denominada “comunitarización” del DIPr., siendo el instrumento predilecto para plasmar las disposiciones de DIPr. uniforme<sup>245</sup>. Es por eso, que la elección de la figura de Reglamento para acoger los aspectos referentes a la Ley aplicable

---

<sup>241</sup>N. BOSCHIERO, "Verso il rinnovamento e la trasformazione della ...", p. 331.

<sup>242</sup>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, Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, p. 11.

<sup>243</sup> V. ABELLAN HONRUBIA /B. VILÁ COSTA/ A. OLESTI, et al., *Lecciones de Derecho...*, p. 134; A.L. CALVO CARAVACA, "El Derecho internacional privado de la...", p. 54.

<sup>244</sup> En este sentido "...on notera avec satisfaction que la Commission, dans un souci de sécurité juridique, a choisi la voie du règlement et non celle de la directive." P. LAGARDE, "Remarques sur la proposition de règlement...", p. 332; puede verse también, 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, Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, p.11.

<sup>245</sup> A.L. CALVO CARAVACA, "El Derecho internacional privado de la...", p. 53.

al contrato internacional, no hace otra cosa, que seguir la misma línea normativa de otras áreas del DIPr. de la UE<sup>246</sup>.

---

<sup>246</sup> Reglamento 1346/2000 de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia; Reglamento 1348/2000 de 29 mayo 2000 sobre a la notificación de documentos en materia civil o mercantil; Reglamento 1347/2000 de 29 mayo 2000 en materia matrimonial, reemplazado por el Reglamento 2001/2003 de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

## CAPITULO II

# EL REGLAMENTO ROMA I SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

### I. ASPECTOS GENERALES.

#### 1. Introducción.

**83.** La Unión Europea para cumplir con su objetivo de crear un espacio común de “libertad, seguridad y justicia” ha venido implantando un conjunto de herramientas tendentes a optimizar la cooperación judicial en materia civil con “repercusión transfronteriza”<sup>247</sup>. Dentro de este grupo de medidas, tienen especial relevancia aquellas que contribuyan a la unificación normativa en temas como la Competencia Judicial Internacional y la Ley aplicable a las obligaciones internacionales<sup>248</sup>. Un primer paso fue la creación del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, donde se unifican en un texto de la UE, las disposiciones sobre la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> Considerando 1 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

<sup>248</sup> Considerando 2 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

<sup>249</sup> Sobre la relación entre el Reglamento 44/2001 y el Reglamento Roma I puede verse: F. POCAR, "Some remarks on the relationship between the Rome I and the Brussels I Regulations", en F. FERRARI/S. LEIBLE, *Rome I Regulation: The Law Applicable to*

Posteriormente nace el Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). Este es un segundo escalón del objetivo propuesto por la UE en la creación de las normas de DIPr. en la Unión. Con él se pretende unificar las normas en materia de conflicto de leyes a las obligaciones extracontractuales.

Pero el mercado interior necesitaba que la designación de una Ley nacional aplicable a un contrato internacional fuese la misma, sin importar el juez del Estado miembro donde se adelantara el proceso litigioso. Precisamente para satisfacer esta necesidad nace el Reglamento Roma I, aportando un ingrediente más en la unificación de normas de DIPr. en la UE, y constituyéndose en una respuesta lógica a la necesidad de incluir las normas sobre Derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales dentro del cuerpo normativo de la UE<sup>250</sup>.

## 2. Cronología del nacimiento del Reglamento Roma I.

**84.** El nacimiento del Reglamento Roma I estuvo precedido de un largo proceso en donde se llevaron a cabo, distintas, precisas, y complejas etapas, antes de que viera la luz en el mundo jurídico el 17 de junio de 2008. Dicho camino se inició en abril de 2002 cuando la Comisión de la UE convocó a un comité especial de expertos nacionales para discutir la conveniencia y necesidad de la revisión del CR, a raíz del plan de acción de Viena adoptado en 1998, donde en su punto 40c invitaba a la revisión –si

---

*Contractual Obligations in Europe*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 343-348; Sobre la importancia del Reglamento 44/2001 en el espacio judicial Europeo puede verse el trabajo de H. MUIR WATT, "Remarques liminaires sur l' espace européen en matière civile et commerciale", en A. M. LEROYER/ E. JEULAND, *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen?*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 1-9.

<sup>250</sup> A.L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...", p.54.

fuera necesario- de determinadas disposiciones del CR<sup>251</sup>. Posteriormente, el 14 de enero de 2003 la Comisión presentó un Libro Verde con el objetivo de consultar a las partes interesadas una serie de aspectos jurídicos, que en esencia se pueden dividir en dos partes<sup>252</sup>: una primera parte trata sobre la

---

<sup>251</sup> Vid. N. BOSCHIERO, "Verso il rinnovamento e la trasformazione della...", p.320; M. WILDERSPIN, "Le contrat. Les perspectives d'une révision de la convention...", p. 174.

<sup>252</sup> Las 20 preguntas que lanzó a debate público la comisión fueron las siguientes: Cuestión 1: ¿Disponen de información sobre el conocimiento efectivo del Convenio de Roma de 1980 y de sus normas por los agentes económicos y los profesionales del Derecho, incluidos los jueces? ¿Saben las partes de los contratos que pueden elegir libremente la ley que les sea aplicable? En la hipótesis de que lleguen a la conclusión de que existe un conocimiento insuficiente del Convenio de Roma por parte de los agentes económicos, ¿tiene ello una incidencia negativa en el desarrollo de las negociaciones contractuales o los procesos judiciales? Cuestión 2: ¿Consideran que sería oportuno transformar el Convenio de Roma de 1980 en instrumento comunitario? ¿Cuáles son sus argumentos a favor o en contra de dicha transformación? Cuestión 3: ¿Tienen conocimiento de las dificultades derivadas de la multiplicación y dispersión de normas con incidencia en la ley aplicable en varios instrumentos sectoriales de Derecho derivado? En caso afirmativo, ¿cuál sería, en su opinión, la mejor solución para superarlas? Cuestión 4: En la hipótesis de la adopción de un instrumento comunitario «Roma I», ¿les parece aconsejable introducir una cláusula de naturaleza general que garantice la aplicación de un estándar mínimo comunitario cuando todos los elementos del contrato, o incluso algunos elementos particularmente relevantes, están localizados en la Comunidad? ¿Responde la redacción propuesta en el apartado 3.1.2.2 al objetivo perseguido? Cuestión 5: ¿Desean formular algún comentario sobre las orientaciones esbozadas por lo que se refiere a la interacción entre el futuro instrumento «Roma I» y los convenios internacionales existentes? Cuestión 6: ¿Consideran que serían útiles unas normas de conflicto relativas a las cláusulas de arbitraje y de elección de foro? Cuestión 7: ¿Cuál es su evaluación de las normas actuales en materia de seguros? ¿Piensan que la solución actual de las hipótesis (a) y (c) es satisfactoria? ¿Qué modos de superar eventuales dificultades preconizan? Cuestión 8: En su opinión, ¿deben las partes poder elegir directamente un convenio internacional o, incluso, los principios generales del Derecho? ¿Cuáles son los argumentos a favor o en contra de esta solución? Cuestión 9: ¿Piensan que el futuro instrumento «Roma I» debería contener indicaciones más precisas en cuanto a la definición de elección tácita de la ley aplicable o basta el hecho de que se atribuya eventualmente competencia al Tribunal de Justicia para garantizar la seguridad jurídica? Cuestión 10: En su opinión, ¿conviene precisar la redacción del artículo 4 para obligar al juez a aplicar en primer lugar la presunción del apartado 2, de modo que solo descarte la ley así obtenida si es manifiestamente inadecuada para regir el caso particular? En caso afirmativo, ¿qué redacción le parece la más adecuada? Cuestión 11: En su opinión, ¿conviene crear una norma especial para los contratos de arrendamiento de vacaciones de corta duración, a semejanza de la que figura en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 22 del Reglamento «Bruselas I» o es suficiente el mecanismo actual? Cuestión 12: Evaluación de las normas relativas a la protección del consumidor A. ¿Qué evaluación hacen de las actuales normas sobre la protección del consumidor? ¿Siguen siendo adecuadas, en particular, a la luz del desarrollo del comercio electrónico? B. ¿Disponen de información sobre el impacto de la norma actual en a) las empresas en general; b) las pequeñas y medianas empresas; c) los consumidores? C. De las soluciones propuestas, ¿cuál prefieren y por qué razones? ¿Son posibles otras soluciones? D. En su opinión, ¿cuál sería el impacto de las distintas soluciones posibles en a) las empresas en general; b) las

conveniencia de la transformación del Convenio de Roma en un instrumento de la UE (en ese momento no se había definido la figura del Reglamento), y la segunda, aborda la cuestión de la necesidad de revisión del fondo de su articulado<sup>253</sup>.

A partir de ese momento se dejó abierto el plazo para que la comunidad jurídica, académica, empresarial, y en general, las partes interesadas, presentaran las respuestas al Libro Verde. Dicho plazo expiró en septiembre de 2003. Ulteriormente, se llevó a cabo una audiencia pública en la ciudad de Bruselas el día 7 de enero de 2004 con el objetivo de recoger comentarios y sugerencias, que serían de gran ayuda para la preparación de la propuesta del futuro instrumento de la UE<sup>254</sup>. Aproximadamente 80 partes interesadas dieron respuesta a las consultas formuladas en el Libro Verde, donde quedó en evidencia la necesidad de transformación del CR en una norma jurídica propia de la UE, principalmente

---

pequeñas y medianas empresas; c) los consumidores? Cuestión 13: ¿Conviene precisar el sentido respectivo de las «disposiciones imperativas» que figuran en los artículos 3, 5, 6 y 9, por una parte, y en el artículo 7, por otra? Cuestión 14: ¿Conviene aportar precisiones al artículo 6 relativas a la definición del concepto de «desplazamiento temporal»? En caso afirmativo, ¿cuáles? Cuestión 15: ¿Consideran que deberían introducirse otras modificaciones en el artículo 6? Cuestión 16: ¿Les parece necesaria una norma relativa a las leyes de policía extranjeras? ¿Sería oportuno dar indicaciones más precisas en cuanto a las condiciones de aplicación de las leyes de policía extranjeras? Cuestión 17: ¿Conviene actualizar la norma de conflicto en materia de forma de los contratos? Cuestión 18: ¿Les parece conveniente precisar en un futuro instrumento cuál es ley aplicable a la oponibilidad de la cesión de crédito? En caso afirmativo, ¿qué norma de conflicto preconizan? Cuestión 19: ¿Sería útil precisar el ámbito de aplicación respectivo de los artículos 12 y 13? En su opinión, ¿conviene prever una norma de conflicto para los pagos subrogatorios efectuados sin obligación? Cuestión 20: En su opinión, ¿conviene precisar la ley aplicable a la compensación legal? En caso afirmativo, ¿qué norma de conflicto preconizan?

<sup>253</sup> Vid. M. WILDERSPIN, "Le contrat. Les perspectives d'une révision de la convention ...", p. 175; 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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.1.2003 COM(2002) 654 final, p. 5; sobre la transformación del CR en un instrumento comunitario también puede verse: A.M. LÓPEZ-RODRÍGUEZ, "The revision of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations -A crucial rol within the European contract law project?", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 72, Issue 3 (2003), pp. 341-368.

<sup>254</sup> Vid. H. KENFACK, "Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin...", p. 5; N. BOSCHIERO, "Verso il rinnovamento e la trasformazione della...", p. 320.

por la coherencia de las fuentes, la aplicación automática a los nuevos Estados miembros de la UE, y la interpretación del TJUE<sup>255</sup>. Adicionalmente, las respuestas al Libro Verde estaban de acuerdo en aprovechar la transformación del CR, para realizar algunas modificaciones de importancia al interior de su clausulado<sup>256</sup>.

El 17 de febrero de 2005 fue convocada una reunión de expertos de los Estados miembros a fin de examinar el anteproyecto de Reglamento. El 15 de diciembre de 2005 la Comisión Europea publicó la “Propuesta de Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales Roma I”, recogiendo las múltiples respuestas al Libro Verde formuladas por los interesados. Esta propuesta traía dos propósitos generales: transformar el CR en un Reglamento de la UE, y modificar cuestiones puntuales del CR<sup>257</sup>. El 13 de septiembre de 2006 el Comité Económico y Social Europeo, dio el visto bueno a la Propuesta de Reglamento Roma I, realizó algunas observaciones, y exhortó a que el proceso de entrada en vigor del nuevo Reglamento se llevara a cabo lo más pronto posible<sup>258</sup>.

Finalmente, el texto definitivo del Reglamento Roma I fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (L 177/6) el 4 de julio de 2008, después de que la Propuesta fuera aprobada por los Ministros de Justicia de la UE el 6 de junio de 2008<sup>259</sup>. El clausulado final del Reglamento Roma I acoge buena parte de lo establecido en la Propuesta de Reglamento Roma I,

---

<sup>255</sup> M. WILDERSPIN, "Le contrat. Les perspectives d'une révision de la convention ...", p.180.

<sup>256</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, "La propuesta comunitaria de Reglamento sobre la ley...", p. 337.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>258</sup> M. J. SERRANO GARCÍA, *Competencia judicial y ley aplicable...*, p. 107.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 107.

aunque es importante destacar, que sufrió unas pocas pero importantes modificaciones, que serán analizadas en líneas posteriores.

### 3. Objetivo de Reglamento Roma I.

85. El objetivo principal de Reglamento Roma I es unificar las normas de conflicto sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales en la UE, para que se designe la misma Ley nacional con independencia del juez del Estado miembro que conozca el asunto, con el fin de “favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios”, acrecentar la “seguridad en cuanto a la Ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales”, contribuyendo de esta forma al buen funcionamiento del mercado interior<sup>260</sup>.

### 4. Caracteres básicos del Reglamento Roma I.

86. El Reglamento Roma I es un instrumento jurídico muy cercano al CR, mucho más –en palabras de P. LAGARDE- de lo que estaba la “audaz y controvertida” Propuesta de Reglamento Roma I<sup>261</sup>. Aunque el Reglamento Roma I difiere en muchos aspectos de la regulación contenida en el Convenio, también es cierto que la nueva norma de la UE ha transportado prácticamente sin cambios muchas de las disposiciones contenidas en CR, y ha hecho una evolución de otras disposiciones que presentaron problemas, o que se hacía necesaria su adaptación<sup>262</sup>. En efecto, aprovechando la incorporación del Convenio al sistema jurídico de la UE, el Reglamento

---

<sup>260</sup> Considerando 6 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6; en este sentido *vid.* L. PRATS ALBENTOSA, "El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales" *Diario La Ley*, nº 6978, Sección Tribuna, 30 de junio de 2008, versión *on line*.

<sup>261</sup> P. LAGARDE, "Introduction. Considérations de méthode", en N. BOSCHIERO, *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, G. Giappichelli, Torino, 2009, pp. 3-12, conr. p. 3.

<sup>262</sup> J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p. 495.



Roma I ha buscado subsanar los distintos fallos que presentaba la aplicación de su antecesor el CR. Sin embargo, sea el momento para subrayar –en consonancia con un sector de la doctrina jurídica- que buena parte de los problemas presentados en el CR, no radicaban en el texto mismo del Convenio, sino en la errónea aplicación por parte de los jueces de los Estados parte<sup>263</sup>. Esta aclaración cobra relevancia porque un cambio en el clausulado del Convenio, no garantiza la correcta aplicación del Reglamento por parte de los tribunales nacionales, aunque es verdad que el hecho de que el TJUE tenga plena competencia en su interpretación, disminuye un poco esos temores.

**87.** El Reglamento de la UE Roma I sustituyó al CR, y ello significa, no solamente que entró a operar en los Estados miembros, sino que, adicionalmente, todas las remisiones que se hagan al Convenio deben entenderse que se hacen al Reglamento Roma I. Lo mismo sucede con la jurisprudencia del CR, que sirve de interpretación de las disposiciones contenidas en el Reglamento, y con el informe de los profesores GIULIANO/LAGARDE<sup>264</sup>.

El Reglamento Roma I fusiona en todo su articulado un alto grado de libertad de las partes, con un necesario intervencionismo estatal, logrando un perfecto equilibrio acorde con el actual modelo de comercio transnacional. La libertad de los contratantes se ve plasmada principalmente en la gran cantidad de opciones para elegir el Derecho regulador de su contrato. Y el límite estatal se hace notar en el rol otorgado al juez a la hora de identificar los criterios de conexión subsidiarios, en la adopción de normas de conflicto

---

<sup>263</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...”, p.54.

<sup>264</sup> Vid. E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 8.

especiales para proteger una de las partes del contrato, y todos los aspectos inherentes a las normas imperativas<sup>265</sup>.

Especial atención merecen las modificaciones respecto a la designación de Ley aplicable en ausencia de elección de parte Art 4 Reglamento Roma I, los contratos celebrados por consumidores, contratos de seguro (Art.7 Reglamento Roma I), y en cuanto a las normas imperativas, el Reglamento Roma I trae una regulación “racional, equilibrada y muy realista”<sup>266</sup>.

**88.** El Reglamento Roma I no contiene normas materiales que den solución directamente al conflicto jurídico internacional; la labor del Reglamento es determinar la Ley estatal aplicable al contrato, pues es una norma de conflicto. Estas normas de conflicto son iguales para todos los

---

<sup>265</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, "El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo...", *versión on line*.

<sup>266</sup> A.L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable...", p. 57. Sobre el tema del contrato de consumo en el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I puede verse: L.G. GILLIES, "Choice-of-law rules for electronic consumer contracts: replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation," *Journal of Private International Law*, Vol. 3, Issue 1 (April 2007), pp. 89-112. Durante las negociaciones del Reglamento Roma I la propuesta para la elección de ley en los contratos de seguro sufrió cambios sustanciales. Con la publicación del Libro Verde se empezaron a consolidar propuestas, una de las más debatidas fue la de establecer una nueva norma para la elección de ley que incluyera a todos los contratos de seguros, sin embargo, esta reforma no fue bien recibida por los Estados miembros, especialmente por la restricción en la elección de ley por las partes. Finalmente, la comisión en su propuesta final decidió preservar el status quo, estableciendo que las disposiciones del Reglamento Roma I no perjudicarían las normas de las instituciones Europeas en materias concretas, en este caso las Directivas sobre Seguros. La redacción final del Reglamento Roma I incluyó una disposición especial (Art. 7) que establece las reglas para determinar la ley aplicable a los contratos de Seguro, dicha disposición mantiene una estrecha cercanía con las Directivas Comunitarias sobre esta materia. A grandes rasgos las disposiciones sobre seguros en el Reglamento Roma I se aplican de la siguiente manera: A los contratos de reaseguro le serán aplicable las normas generales del Reglamento Roma I, pues el Art. 7.1 las excluye expresamente. Los contratos de seguro se divide en dos grupos: Grandes Riesgos: Se rigen por las disposiciones especiales del Art. 7 Reglamento Roma I sin importar donde se localice el riesgo; No Grandes Riesgos: Si el riesgo se sitúa al interior de la UE le serán aplicable las disposiciones del Art. 7, si el riesgo se sitúa fuera de la UE, le serán de aplicación las disposiciones generales del Reglamento. *Vid.* L. MERRET, "Choice of law in insurance contracts under the Rome I Regulation", *Journal of Private International Law*, Vol. 5, nº. 1 (April 2009), pp. 49-67, *versión online*.

Estados miembros de la Unión Europea, (salvo las excepciones que veremos más adelante) de esta forma, se garantiza la *previsibilidad* del Derecho a aplicar, puesto que sin importar el juez del Estado miembro que dirima el litigio, las leyes materiales que resuelvan el asunto serán siempre las mismas<sup>267</sup>. En este sentido es importante recordar, que con la transformación del CR en un Reglamento de la UE, los Estados miembros ya no podrán hacer reservas sobre el texto del Reglamento, lo que garantiza la completa uniformidad normativa a nivel de la UE<sup>268</sup>.

El Reglamento Roma I se aplica de oficio por todos los jueces de los Estados miembros de la UE<sup>269</sup>. Por lo tanto, los operadores jurídicos deben aplicar el Reglamento Roma I, aunque las partes del litigio no lo hayan solicitado, o cuando erróneamente solicitan la aplicación de una normativa distinta<sup>270</sup>.

**89.** Uno de los rasgos más característicos del Reglamento Roma I es precisamente que pertenece al Derecho de la UE en estricto sentido. Recordemos que uno de los principales motivos por los cuales se abandonó el CR fue la necesaria introducción al Derecho propio de la UE de las normas sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales. El Reglamento Roma I al ser un Reglamento de la UE, es obligatorio y directamente aplicable a todos los Estados miembros de la unión -salvo los Estados que ejercieron su Derecho de *Opting out* como el caso de Dinamarca- sin

---

<sup>267</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 4.

<sup>268</sup> B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge...*, p. 11.

<sup>269</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, "Ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, 2009, p. 163.

<sup>270</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p.65.

necesidad de ratificación por el poder legislativo de los Estados miembros<sup>271</sup>. Esta introducción al Derecho propio de la UE provoca otra característica especial del Reglamento Roma I: su sencilla posibilidad de reforma. La reforma de un Reglamento de la UE es mucho más expedita que la modificación de un Convenio Internacional. Es por eso, que la Unión Europea gana en celeridad a la hora de introducir cambios en el texto reglamentario, ya que no se necesita la aprobación de todos los Estados de la Unión<sup>272</sup>.

**90.** Otro rasgo de vital importancia del Reglamento Roma I lo constituye la competencia del TJUE. El TJUE asumió la competencia de interpretar la totalidad de las disposiciones contenidas en el Reglamento Roma I, y lo hace mediante la instauración del recurso prejudicial del que habla el Art. 267 TFUE<sup>273</sup>. Dicha interpretación tiene carácter vinculante, y por ende, debe regir las decisiones de todos jueces de los Estados miembros<sup>274</sup>.

## **5. Base jurídica del Reglamento Roma I.**

**91.** El Reglamento Roma I tiene su base jurídica en el Art. 81 TFUE (antes Art. 61 y 65b TCE) y en los considerandos 1, 2 y 43 Reglamento Roma I. Los distintos instrumentos de DIPr. de la UE se venían adoptando sobre la base del Art. 293 (Antes 220) del TCE, tal es el caso del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y la ejecución de resoluciones

---

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>272</sup> A. BONOMI, "The Rome I Regulation on the Law applicable to...", p.167.

<sup>273</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, "El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo...", versión *on line*.

<sup>274</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 9.

judiciales en materia civil y mercantil<sup>275</sup>. Otros instrumentos se asimilaban a los adoptados sobre dicha base jurídica, así nació el Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales<sup>276</sup>. Con el Tratado de Ámsterdam las disposiciones sobre conflicto de leyes se regían en primer lugar por el Art. 61 del TCE<sup>277</sup>. Dicho precepto establecía que para cumplir con el objetivo de alcanzar el espacio de libertad, seguridad y justicia en toda la Unión Europea, se hacía necesario adoptar medidas que contribuyeran a la cooperación judicial en materia civil<sup>278</sup>. Una de estas medidas pretendía promover la unificación normativa en materia conflictual, así lo estipulaba el apartado B del Art. 65 TCE: “Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: ...B. Fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción...”

---

<sup>275</sup> Así lo dispone el propio preámbulo del Convenio de Bruselas: “las altas partes contratantes del tratado constitutivo de la comunidad económica europea, deseando aplicar las disposiciones del artículo 220 de dicho tratado en virtud del cual se comprometían a garantizar la simplificación de las formalidades a las que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las resoluciones judiciales...”

<sup>276</sup> Preámbulo del CR: “las altas partes contratantes del tratado constitutivo de la comunidad económica europea, preocupadas por proseguir, en el ámbito del derecho internacional privado, la obra de unificación jurídica ya emprendida en la comunidad, especialmente en materia de competencia judicial y de ejecución de resoluciones judiciales, deseando establecer unas normas uniformes relativas a la ley aplicable a las obligaciones contractuales”. También puede verse, 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, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14.1.2003 COM(2002) 654 final, p. 14.

<sup>277</sup> El Artículo 61 TCE rezaba de la siguiente manera: “A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará: ... C. Medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65.

<sup>278</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15.12.2005 COM(2005) 650 final, 2005/0261 (COD) p.4.

**92.** Estas dos disposiciones Art. 61 y 65 TCE (que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa corresponde al Art. 81 TFUE) fueron los principales motores del nuevo Derecho Internacional Privado de la UE, y sobre ellas se adoptó el Reglamento Roma I, y varios Reglamentos más en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil<sup>279</sup>. De esta forma vieron la luz los Reglamentos Bruselas II “relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”<sup>280</sup>, el Reglamento de “Quiebra” sobre procedimientos de insolvencia<sup>281</sup>, el Reglamento de “Transmisión de actos” sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.”<sup>282</sup>, de la misma forma el Reglamento sobre “Obtención de pruebas “relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil”<sup>283</sup>, así como el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>284</sup>, y el Reglamento Roma II relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales<sup>285</sup>.

---

<sup>279</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable...”, versión *on line*.

<sup>280</sup> Reglamento (CE) No 2201/2003 del consejo de 27 de noviembre de 2003 (DOI 338 de 23.12.2003, p. 1).

<sup>281</sup> Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. Diario Oficial nº L 160 de 30/06/2000 p. 0001 – 0018.

<sup>282</sup> Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

<sup>283</sup> Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001. Diario Oficial nº L 174 de 27/06/2001 p. 0001 – 0024.

<sup>284</sup> Reglamento (CE) nº 44/2001 del consejo de 22 de diciembre de 2000 DOCE núm. L 12/1, de 16 de enero de 2001.

<sup>285</sup> Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007. DOUE L 199/40, 31.7.2007.

Además de los artículos ya mencionados, el Considerando 43 del propio Reglamento Roma I reconoce la competencia de la UE basado en el principio de subsidiariedad<sup>286</sup>. Dicho considerando afirma que el objetivo del Reglamento Roma I no puede ser conseguido individualmente por cada uno de los Estados miembros, y por lo tanto, debe procurarse mediante la norma de la UE<sup>287</sup>.

En suma, el buen funcionamiento del mercado interior requiere una uniformidad legal en materia de conflicto de leyes que otorgue previsibilidad en la Ley aplicable al contrato, trayendo como consecuencia la seguridad jurídica en el espacio de la UE. Adicionalmente, con la unificación de las normas sobre el conflicto de leyes en el Reglamento Roma I, se está beneficiando la circulación libre de las resoluciones judiciales como elemento fundamental para la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE; y todas estas pretensiones están perfectamente respaldadas por las disposiciones del TUE y TFUE<sup>288</sup>.

## 6. El Reglamento Roma I y su relación con el mercado interior.

**93.** La contribución que hace el Reglamento Roma I para el correcto funcionamiento del mercado interior radica en primer lugar, en el

---

<sup>286</sup> Considerando 43 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6. "Dado que el objetivo del presente Reglamento no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y por consiguiente, debido a las dimensiones y efectos del presente Reglamento, puede lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo".

<sup>287</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p. 61.

<sup>288</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ªed., Comares, Granada, 2011, pp. 617-618.

aumento de la *previsibilidad* de la Ley que se aplicará al contrato internacional<sup>289</sup>. Esto le permite al contratante anticipar su comportamiento, adoptando decisiones que vayan en la misma línea de la Ley que será la encargada de regir los destinos del contrato. En segundo término, el Reglamento brinda seguridad acerca de la Ley aplicable al contrato internacional evitando el *forum shopping*, puesto que la Ley designada para regular el contrato será siempre la misma, sin tener en consideración el juez del Estado miembro que dirima el litigio<sup>290</sup>. Por lo tanto, el mercado interior se beneficia de la seguridad jurídica internacional que garantiza el Reglamento Roma I, cuando impide que la discrecionalidad interpretativa o el uso abusivo por parte del juez que lleva el caso, rompa la armonía de la UE designando una Ley distinta de la que hubiese determinado otro juez de un Estado miembro<sup>291</sup>.

**94.** Favorece también el Reglamento Roma I el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. El Reglamento beneficia la libre circulación de resoluciones judiciales al interior de la UE, puesto que un Estado miembro admitirá sin dilaciones el reconocimiento y la ejecución de una providencia dictada por el juez de otro Estado miembro, ya que ésta ha sido resuelta con la Ley que cualquier otra autoridad judicial de la Unión hubiese

---

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 617; M. GUZMÁN ZAPATER, "El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo...", *versión on line*.

<sup>290</sup> *En este sentido vid.*, M. GUZMÁN ZAPATER, "El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo...", *versión on line*; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, p. 617.

<sup>291</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p.63.



utilizado<sup>292</sup>. De esta manera, aporta un aspecto fundamental para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE<sup>293</sup>.

Todas estas razones permiten entender que son muchos los beneficios que la expedición del Reglamento Roma I trae para el mercado interior.

## **7. Interpretación del Reglamento Roma I.**

### **A) El papel del TJUE en la interpretación del Reglamento Roma I.**

**95.** Como el TJUE asume automáticamente las facultades de interpretar los Reglamentos de la UE, las disposiciones sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales plasmadas en el Reglamento Roma I, tienen la garantía interpretativa de Tribunal, impidiendo que exista una aplicación heterogénea por parte de los jueces nacionales, como sucedía con el CR. La herramienta para esta unificación interpretativa la otorga el Art. 267 TFUE, al permitir que determinadas autoridades y jueces de los Estados miembros interpongan un “recurso prejudicial” ante el TJUE, para que éste aclare y unifique la interpretación de alguna de las disposiciones del Reglamento Roma I. La sentencia proferida por el TJUE tendrá el carácter de vinculante.

Esta interpretación uniforme proporciona grandes beneficios a los contratantes, que al encontrar que el Reglamento es aplicado de la misma forma en todos los Estados miembros, consiguen una mayor seguridad jurídica y una disminución de los costes legales. Asimismo, ayuda de

---

<sup>292</sup> Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 4; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p. 63.

<sup>293</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 617.

manera significativa al juez, quien adecúa el caso concreto a la línea interpretativa definida por el TJUE, y así, puede resolver el litigio de manera más ágil y segura<sup>294</sup>.

**96.** Además de una interpretación uniforme, el Reglamento Roma I debe tener una interpretación autónoma. Los conceptos insertos en el Reglamento Roma I son independientes de las nociones manejadas en los Derechos internos, por lo tanto, no puede acudir a ellos para interpretar las disposiciones del Reglamento Roma I. No obstante lo anterior, el propio Reglamento Roma I en casos excepcionales remite al Derecho nacional la interpretación de algún concepto. Así por ejemplo el Art. 1.2. c dispone que: “las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones.” En este caso el juez debe acudir a su legislación interna para dar interpretación a los conceptos: “relación con efectos análogos al matrimonio y otras relaciones familiares”, de acuerdo a lo establecido en el Considerando 8 del Reglamento Roma I<sup>295</sup>.

## **B) El Convenio de Roma y su función interpretativa del Reglamento Roma I.**

**97.** El Reglamento Roma I toma como base buena parte de las disposiciones de su antecesor el CR. Por tal motivo, el Convenio constituye un principal referente interpretativo del Reglamento, pudiendo utilizarse para

---

<sup>294</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p. 71.

<sup>295</sup> Considerando 8 del del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6. “*Las relaciones familiares deben abarcar parentesco, matrimonio, afinidad y familia colateral. La referencia en el artículo 1, apartado 2, a las relaciones con efectos análogos al matrimonio y otras relaciones familiares debe interpretarse de acuerdo con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al tribunal*”.

su correcta interpretación: la jurisprudencia de los Estados parte del Convenio, la jurisprudencia del TJUE, e incluso, el informe oficial del CR de los profesores GIULIANO y LAGARDE<sup>296</sup>. El cuerpo jurisprudencial de cada uno de los Estados parte del CR continúa siendo de vital importancia para la interpretación del Reglamento Roma I, puntualmente en aquellos aspectos donde las disposiciones del CR no han sido modificadas<sup>297</sup>. El TJUE a día de hoy tan solo ha proferido dos sentencias de interpretación del CR. La primera fue “Caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen y otros”<sup>298</sup>. La segunda el “Caso Heiko Koelzsch contra Duché de Luxembourg”<sup>299</sup>. Estas sentencias también constituyen una importante herramienta a la hora de interpretar el Reglamento Roma I, obviamente en los aspectos que continúan vigentes.

**98.** Los instrumentos de la UE –y en este caso el Reglamento- no cuentan con un informe oficial explicativo que los acompañe. Sin embargo, como el CR contaba con el Informe oficial de los profesores GIULIANO y LAGARDE., dicho informe continúa siendo una autoridad interpretativa para el Reglamento Roma I en aquellos aspectos donde fuere apropiado<sup>300</sup>. La utilización de este informe para interpretar el CR puede verse en la sentencia *Iran Continental Shelf Oil Co v IRI International Corp*<sup>301</sup>. En esta sentencia el Tribunal utiliza el Informe GIULIANO/LAGARDE para interpretar el significado

---

<sup>296</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el ...*, p.72.

<sup>297</sup> J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p. 496.

<sup>298</sup> TJCE (Gran Sala), sentencia de 6 octubre 2009. Caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen.

<sup>299</sup> TJCE (Gran Sala), sentencia de 15 marzo 2011. Caso Heiko Koelzsch contra Duché de Luxembourg.

<sup>300</sup> J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p. 496.

<sup>301</sup> *Iran Continental Shelf Oil Co v IRI International Corp* (2002) CLC 372, *vid.* R. HAYWARD, *Conflict of Law*, 4ª ed, Cavendish, London, 2006, p. 108.

del Art. 3 del Convenio. De la misma forma se hizo en *Ennstone Building Products Ltda v Stanger*, donde el Tribunal ha usado el Informe como guía interpretativa del Art. 4.2 CR<sup>302</sup>.

**99.** Es importante destacar, que las referencias que del CR hacen los distintos Instrumentos normativos de la UE y las normas internas de cada Estado miembro, deben entenderse hechas al Reglamento Roma I desde el momento de su entrada en vigor<sup>303</sup>. Así, en Italia, la Ley nº 218, de 31 de mayo de 1995, que regula los contratos internacionales, remite directamente al CR en los siguientes términos: “Las obligaciones contractuales, en todo caso, se rigen por la Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales...”. Por lo tanto, a partir de la entrada en vigor del Reglamento Roma I se entiende que dicha norma remite a las disposiciones del Reglamento y no al texto del Convenio de Roma.

## **8. La relación del Reglamento Roma I con otros instrumentos de Derecho Internacional Privado.**

**100.** Para analizar la relación del Reglamento Roma I con otros instrumentos de DIPr. se deben distinguir dos categorías de normas: las normas propias de la UE, y los Convenios internacionales.

### **A) Normas jurídicas de la Unión Europea.**

**101.** La introducción del DIPr. al sistema jurídico propio de la UE ha producido en los últimos años la aparición de una variedad de instrumentos que contienen una gran incidencia en la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales. La relación del Reglamento Roma I con

---

<sup>302</sup> *Ennstone Building Products Ltda v Stanger* (Nº 2) (2002) 1 WRL 3059, Vid. R. HAYWARD, *Conflict of Law*, 4ª ed., Cavendish, London, 2006, p. 108.

<sup>303</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable...”, versión *on line*.

estos instrumentos está basada en el “principio de especialidad”, amparando la aplicación de instrumentos jurídicos de la UE que de manera específica incorporen la designación de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>304</sup>. El Art. 23 Reglamento Roma I establece que el Reglamento no afecta “la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales.” Por lo tanto, estas normas de Derecho de la UE, al ser más específicas, deberán prevalecer sobre las disposiciones contenidas en el Reglamento Roma I<sup>305</sup>.

No obstante, el Art. 23 Reglamento Roma I trae una excepción a esta regla general, y está dada por la incorporación al Reglamento Roma I de aspectos de DIPr. que antes regulaban Directivas de la UE en el ámbito de los seguros, y que ahora han quedado desplazadas<sup>306</sup>. Por lo tanto, las disposiciones del Reglamento Roma I para el contrato de seguro (Art 7 Reglamento Roma I) prevalecerán sobre aquellas disposiciones de la UE que regulen la misma materia<sup>307</sup>.

## **B) Convenios internacionales.**

**102.** Para analizar la relación entre el Reglamento Roma I y los Convenios internacionales se deben distinguir dos situaciones a saber: Convenios Internacionales preexistentes y Convenios internacionales posteriores al Reglamento Roma I.

---

<sup>304</sup> *Ibidem*.

<sup>305</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el ...*, p.71.

<sup>306</sup> *Ibidem*, 74.

<sup>307</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 620. Sobre el tema del contrato de seguro y reaseguro en el Reglamento Roma I puede verse, R. MERKIN, "The Rome I Regulation and reinsurance", *Journal of Private International Law*, vol 5, nº1, April 2009, pp. 69-84, versión *online*.

### a) Convenios Internacionales preexistentes al Reglamento Roma I.

**103.** Para la Unión Europea los Convenios internacionales firmados individualmente por los Estados miembros constituyen un marco jurídico de cooperación con los países por fuera de las fronteras de la Unión. Sin embargo, y aunque pudiesen ser considerados como un impedimento en la construcción normativa a nivel de la UE, la verdad es que –de momento– este marco jurídico representa muchos beneficios, pues teniendo en cuenta que las relaciones exteriores unificadas se encuentran en un proceso de formación, y mientras se logra consolidar unas relaciones internacionales de DIPr. propias de la UE, los Convenios internacionales firmados individualmente por los Estados miembros constituyen una excelente vía de cooperación internacional<sup>308</sup>. De acuerdo a lo anterior, se debe entender que el Reglamento Roma I no afecta la aplicabilidad de aquellos Convenios Internacionales sobre conflicto de leyes en materia contractual, en que sean parte uno o más Estados miembros al momento de adoptarse el Reglamento. Así lo dispone el Art. 25 del Reglamento Roma I, el cual pretende respetar los compromisos internacionales previamente adquiridos por los Estados miembros<sup>309</sup>.

Sin embargo, y para poder cumplir fielmente con este compromiso, el Reglamento Roma I impuso la obligación a los Estados miembros de notificar a la Comisión Europea la relación de todos los Convenios Internacionales en materia de Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

---

<sup>308</sup> P. FRANZINA, “Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 1, 2009, pp. 92-101, concr. p. 96.

<sup>309</sup> Considerando 41 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE L 177* de 4 julio 2008, p. 6.

Para llevar a cabo esta notificación la Comisión estableció como plazo máximo el 17 de junio de 2009<sup>310</sup>.

En suma, el Reglamento Roma I permite la aplicación prioritaria de los Convenios Internacionales, pero únicamente aquellos que estuviesen vigentes antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma I. Algunos Convenios Internacionales disponen que no afectaran la aplicación de otros instrumentos internacionales sobre la materia (Art. 90 Convención de Viena de 1980), provocando así, que dicho Convenio y el Reglamento Roma I puedan ser perfectamente aplicables para solucionar el conflicto<sup>311</sup>. La solución a este dilema tendrá que ser tomada por el juez del caso, utilizando

---

<sup>310</sup> Al vencimiento de este plazo Bélgica, Grecia, España, Irlanda, Italia, Malta, Eslovenia y Reino Unido, no notificaron ningún Convenio. Los demás Estados miembros cumplieron con la respectiva notificación, algunos de ellos fueron: *Alemania*: el Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías por vías navegables interiores de 22 de Junio de 2001; *Estonia*: Acuerdo entre la República de Estonia y la Federación Rusa sobre asistencia jurídica y relaciones jurídicas en materia civil, familiar y penal, 1993, Acuerdo entre la República de Estonia y Ucrania sobre asistencia jurídica y relaciones jurídicas en materia civil, familiar y penal, 1995; *Luxemburgo*: Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías por vías navegables interiores de 22 de Junio de 2001 (CMNI); *Hungría*: Acuerdo entre la República de Hungría y la República Federativa Socialista de Yugoslavia sobre asistencia jurídica mutua, firmado en Belgrado el 7 de marzo de 1968, modificado y completado por el Acuerdo de 1986. Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías por vías navegables interiores de 22 de Junio de 2001 (CMNI); *Portugal*: Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, concluido en La Haya el 14 de marzo de 1978; *Finlandia*: Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre la Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales; *Suecia*: Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre la Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales. Los demás convenios pueden consultarse en el Diario Oficial de la Unión Europea del 17/12/2003 (2010/C 343/04) Notificaciones de conformidad con el artículo 26, apartado 1, del Reglamento (CE) n o 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

<sup>311</sup> Sobre la determinación de la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional, *vid*, E. CASTELLANOS RUIZ, "El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles: Balance de 15 años de vigencia", en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 121-188, *concr.* pp. 139 y 144-151; ID., *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos...*, pp. 163 y ss. Sobre la regulación de la compraventa internacional de mercaderías mediante la Convención de Viena puede verse, E. CASTELLANOS RUIZ, "Compraventa internacional", en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, 2ª ed, Colex, Madrid, 2006, pp. 191-306.

los “principios rectores” de los instrumentos jurídicos internacionales, para escoger la normativa más idónea que solucione el asunto<sup>312</sup>.

**104.** Por otra parte, si el compromiso convencional previamente concluido vincula únicamente a dos o más Estados miembros, el Reglamento Roma I tendrá primacía frente a estos acuerdos internacionales sobre Ley aplicable, tal como lo regula el Art. 25.2 Reglamento Roma I. Esta solución pretende evitar que la uniformidad legal en la UE se vea obstaculizada por normas de Derecho internacional público que comprometen a varios Estados de la UE, en la misma materia que regula el Reglamento Roma I. Por este motivo, es claro que el Reglamento Roma I prevalece sobre dichos acuerdos, aunque hayan sido firmados previamente.

#### **b) Convenios internacionales posteriores al Reglamento Roma I.**

**105.** Cuando la UE para llevar a cabo alguna política que se encuentra contemplada en el TUE dispone la adopción de normas uniformes, cada Estado individualmente considerado pierde la competencia para realizar acuerdos con terceros Estados sobre esa misma materia<sup>313</sup>. Por tal motivo, la adopción de Convenios internacionales sobre el tema de la Ley aplicable a los contratos internacionales donde se utilice la “técnica de conflicto de leyes”, pasa a ser de competencia exclusiva de la comisión<sup>314</sup>. Esto se traduce en que ningún Estado miembro puede adquirir compromisos

---

<sup>312</sup> Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos ...*, p. 18; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 620; En el mismo sentido vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el ...*, p.77.

<sup>313</sup> P. FRANZINA, Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual, "*Cuadernos de Derecho Transnacional*", vol 1, nº 1, 2009, pp. 92-101, concr. p. 99.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p.100.



unilaterales con otro Estado al margen de la UE<sup>315</sup>. Algunos instrumentos internacionales además de utilizar la “técnica sobre conflicto de leyes”, introducen otras técnicas, como por ejemplo el Derecho material uniforme. Para esta circunstancia, la competencia la ejercen tanto la UE como el Estado miembro firmante, y “normalmente será necesario utilizar el modelo del acuerdo mixto”<sup>316</sup>.

**106.** No obstante, los Estados pueden conservar en circunstancias excepcionales y bajo unas condiciones y procedimientos establecidos, la facultad de celebrar “acuerdos sectoriales” con terceros países que contengan normas sobre conflicto de leyes en materia de contratos<sup>317</sup>. Lo anterior, porque la UE ha entendido que en ocasiones muy concretas puede existir la “necesidad manifiesta de celebrar nuevos acuerdos” entre un Estado miembro de la Unión y un tercer Estado, en algunas áreas del Derecho privado, como en el caso de los contratos internacionales<sup>318</sup>. Como ésta área es de competencia exclusiva de la UE, se consideró oportuno crear la posibilidad de que la UE pueda delegar en los Estados parte dicha competencia, bajo unas estrictas condiciones, y siempre y cuando, no se vea afectado el interés de la Unión<sup>319</sup>.

---

<sup>315</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable...”, versión *on line*.

<sup>316</sup> P. FRANZINA, Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios...”, *concr.* p.101.

<sup>317</sup> S. FRANCO, “Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux...”, pp. 41-69.

<sup>318</sup> Considerando nº 4 del Reglamento (CE) nº 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, DOUE. L 200/25.

<sup>319</sup> A. BORRÁS, “Un nuevo marco jurídico para la conclusión de convenios de derecho internacional privado entre estados miembros y terceros estados en materias “comunitarizadas””, *Noticias de la Unión europea*, nº. 315, (abr. 2011), pp. 119-126, *concr.* p. 121.

Para lograr este objetivo, se ha establecido un “procedimiento coherente y transparente” para otorgar autorización a un Estado miembro, para que pueda “modificar un acuerdo existente o a negociar y celebrar un nuevo acuerdo”, con un tercer Estado cuando la UE no manifieste la intención de utilizar la competencia para “celebrar un acuerdo mediante un mandato de negociación ya existente o previsto”<sup>320</sup>. Este procedimiento lo regula el Reglamento 662/2009 de 13 de julio de 2009, y permite que un Estado miembro pueda celebrar unilateralmente un Convenio con un tercer Estado<sup>321</sup>. Sin embargo, dicha autorización debe “aplicarse sin perjuicio de la competencia exclusiva de la Comunidad y de las disposiciones de los artículos 218 y 351 TFUE (antiguos 300 y 307 TCE)”<sup>322</sup>. De la misma forma, y con carácter excepcional, el procedimiento regulado bajo el Reglamento 662/2009 “debe aplicarse también a algunos acuerdos regionales entre unos pocos Estados miembros y unos pocos terceros países”<sup>323</sup>.

**107.** En lo que respecta al Reglamento Roma I, este Reglamento permite que un Estado pueda celebrar acuerdos sobre el conflicto de leyes

---

<sup>320</sup> Considerando nº 8 del Reglamento (CE) nº 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, DOUE. L 200/25.

<sup>321</sup> Reglamento (CE) nº 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, DOUE. L 200/25.

<sup>322</sup> Considerando nº 8 del Reglamento (CE) nº 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, DOUE. L 200/25.

<sup>323</sup> Considerando nº 10 del Reglamento (CE) nº 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, DOUE. L 200/25.

en las obligaciones contractuales, tal como lo expone el Art. 1.2 del Reglamento 662/ 2009: “El presente Reglamento se aplicará a los acuerdos relativos a materias particulares que entren, total o parcialmente, en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)...”.

Este Reglamento entrega un amplio poder a la Comisión, pues pretende salvaguardar en todo momento los intereses de la UE. Así, la Comisión conservará la iniciativa para la conclusión de Tratados de la UE, y tendrá un margen de discrecionalidad para denegar la solicitud de la celebración de un Convenio por parte de un Estado miembro<sup>324</sup>.

**108.** En suma, la competencia para celebrar Convenios internacionales en materias que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I recae directamente en la UE, sin embargo, ésta facultad puede ser delegada a los Estados miembros, mediante el procedimiento y las directrices establecidas en el Reglamento 662/ 2009.

## **II ESTRUCTURA GENERAL Y ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I.**

### **1. Estructura general.**

**109.** La estructura general del Reglamento Roma I se divide en cuatro apartados: una primera parte expone los ámbitos de aplicación del Reglamento, la segunda trata la designación de la Ley aplicable al contrato, donde cuenta con un régimen general (artículos 3 y 4), complementado por

---

<sup>324</sup> A. BORRÁS, "Un nuevo marco jurídico para la conclusión de convenios de...", p. 124.

unas reglas especiales para cuatro categorías de contratos, las cuales buscan proteger a la parte considerada “débil” en la relación contractual<sup>325</sup>: contrato de transporte, contrato de consumo, contrato de seguro y contrato de trabajo<sup>326</sup>. La tercera aborda determinadas disposiciones para dar claridad al contenido del Reglamento, y el último apartado trata sobre su entrada en vigor<sup>327</sup>.

**110.** La doctrina en términos generales ha recibido de buena manera la nueva estructura del Reglamento Roma I, pues aunque existen opiniones diversas respecto de algunos artículos, el sentimiento general es

---

<sup>325</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable...”, versión *on line*.

<sup>326</sup> Sobre el contrato de *transporte* en el CR pueden verse las siguientes sentencias: Sentencia Cas. Com., el 24 de marzo de 2004, Transportes Co / Lomb Muret Auto v Pannini France, se pronuncia el tribunal sobre la interacción entre el Convenio sobre el transporte por carretera del 19 de mayo de 1956, también conocida como CMR y la Convención de Roma. El asunto estaba relacionado con la reclamación del pago del transporte de la mercancía interpuesto por la transportista contra el destinatario. La CMR no contiene ninguna disposición en la acción directa de la compañía contra el destinatario, por eso se estimó la utilización del CR para establecer la ley que regularía la acción de reclamación por el pago del precio del transporte. También puede verse: Cass. com., March 4 2003, Hapag Lloyd Container Linie v. La Reunion europeenne; CA Pau, 17 mars 2008, Trans Aquitaine Service c / X; Cour de cassation (Ch. corn.). - 4 mars 2003; French Court de cassation Cass Com., December 1, 2009, DGT services v. Zurich Insurace Ireland. Sobre el régimen aplicable al contrato de consumo, *vid.* D. BUREAU/ H. MUIR WATT, *Droit international privé*,..., pp. 229- 239; sobre el contrato de consumo en el comercio electrónico bajo el Reglamento Roma I puede verse, E. CASTELLANOS RUIZ, "Las normas de Derecho internacional privado sobre consumidores en la ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2009, vol. 1, nº 2, pp. 134-159, *concr.* pp. 144- 151. Sobre el contrato de *seguro* en el Reglamento Roma I *vid.* L. MERRET, "Choice of law in insurance contracts under the Rome I Regulation", *Journal of Private International Law*, Vol. 5, nº. 1 (April 2009), pp. 49-67, versión *online*; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "Los contratos de seguro del Art. 7 del Reglamento Roma I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1 nº 2, 2009, pp. 30-51; R. MERKIN, "The Rome I Regulation and...", versión *online*. Sobre el contrato de *trabajo* bajo el Reglamento Roma I pueden verse: P. GULDING/ M. VINALL, "The English approach to jurisdiction and choice of law in employment covenants not to compete" *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 31, Issue 2 (Winter 2010), pp. 375-388; M. J. SERRANO GARCÍA, *Competencia judicial y ley aplicable*..., pp. 99-191; Sobre el contrato de *trabajo* en el CR puede verse, M.STOLZ/ T.J. DARVY, "Choice of law in EC States under the Convention of Rome described in terms of German law: A practitioner's view", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 21, Issue 3 (Spring 2000), pp. 543-566.

<sup>327</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, "Ley aplicable al contrato de transporte internacional ...", p. 164.

que el Reglamento Roma I constituye una evolución del CR. Por tal motivo, se ha considerado como un éxito para UE el hecho de que la unificación de las normas sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales, se haya alcanzado mediante un “consenso general de aprobación”<sup>328</sup>.

## 2. Ámbitos de aplicación del Reglamento Roma I.

### A) Ámbito de aplicación espacial.

111. El Reglamento Roma I tiene aplicación en la totalidad del territorio de los Estados miembros de la UE, con un “alcance general”, “obligatorio en todos sus elementos”, y de aplicación directa, es decir, sin necesidad de ratificación parlamentaria (artículo 288 TFUE antes 249 TCE)<sup>329</sup>. Los Estados miembros tienen establecido su propio territorio de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Público. Sin embargo, debe tenerse presente que como el territorio específico de aplicación del Reglamento Roma I no fue introducido dentro del texto del Reglamento, se debe acudir al Art. 355 TFUE<sup>330</sup>. En esta disposición se establece que los

---

<sup>328</sup> En este sentido *vid.* G.A. BERMANN, *Rome I. A Comparative View* ", en F. FERRARI/S. LEIBLE, *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 349- 358, *concr.* p. 349.

<sup>329</sup> Artículo 288 TFUE: “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro....”

<sup>330</sup> Artículo 355 TFUE “Además de las disposiciones del artículo 52 del Tratado de la Unión Europea relativas al ámbito de aplicación territorial de los Tratados, se aplicarán las disposiciones siguientes: 1. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias, de conformidad con el artículo 349.2. Los países y territorios de ultramar, cuya lista figura en el anexo II, estarán sometidos al régimen especial de asociación definido en la cuarta parte. Los Tratados no se aplicarán a los países y territorios de ultramar no mencionados en la lista antes citada que mantengan relaciones especiales con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. 3. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro. 4. Las disposiciones de los Tratados se aplicarán a las islas Åland de conformidad con las disposiciones del Protocolo no 2 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia. 5. No obstante lo dispuesto en el artículo 52 del Tratado de la Unión Europea y en los

Reglamentos de la UE no les serán de aplicación a determinados territorios no Europeos que dependen de Reino Unido, Francia, Países Bajos y Dinamarca<sup>331</sup>.

**112.** Existen tres casos especiales respecto de la aplicación espacial del Reglamento Roma I. Se trata de Dinamarca, el Reino Unido e Irlanda. El primero de ellos, ostenta una posición especial del Título V de la tercera parte del TFUE, y por este motivo el Reglamento Roma I no le es de

---

apartados 1 a 4 del presente artículo: a) los Tratados no se aplicarán a las islas Feroe; b) los Tratados no se aplicarán a las zonas de soberanía del Reino Unido de Akrotiri y Dhekelia en Chipre salvo en la medida que sea necesaria para garantizar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Protocolo relativo a las zonas de soberanía del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Chipre adjunto al Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea y de conformidad con lo dispuesto en dicho Protocolo; c) las disposiciones de los Tratados sólo serán aplicables a las islas del Canal y a la isla de Man en la medida necesaria para asegurar la aplicación del régimen previsto para dichas islas en el Tratado relativo a la adhesión de nuevos Estados miembros a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado el 22 de enero de 1972. 6. El Consejo Europeo, por iniciativa del Estado miembro de que se trate, podrá adoptar una decisión que modifique el estatuto respecto de la Unión de alguno de los países o territorios daneses, franceses o neerlandeses a que se refieren los apartados 1 y 2. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa consulta a la Comisión.”

<sup>331</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 641; R. PLENDER/ M. WILDERSPIN, *The european private international law of...*, p. 32.

aplicación directa<sup>332</sup>. Dinamarca participó en la adopción del Reglamento Roma I, por lo tanto para este Estado seguirá vigente el CR<sup>333</sup>.

El Reino Unido tiene también una posición especial del Título V de la tercera parte del TFUE<sup>334</sup>. En el desarrollo de las negociaciones del Reglamento el Reino Unido no ejerció la facultad de *opting-in*, por este motivo no le era aplicable. No obstante, tenía un nuevo plazo a partir de la publicación del texto, tiempo que aprovechó para adherirse al Reglamento Roma I por lo que actualmente tiene plena vigencia en su territorio<sup>335</sup>. El Reino Unido no apoyó la Propuesta de Reglamento Roma I por la preocupación que le produjo algunos aspectos puntuales de la misma. En primer lugar, porque el Art. 4 de la Propuesta constituía una disposición carente de flexibilidad, pues se eliminaba la cláusula de escape contenida en el CR<sup>336</sup>. Asimismo, fue objeto de duras críticas el Art. 7 de la Propuesta de Reglamento Roma I sobre contratos celebrados por un intermediario, ya que

---

<sup>332</sup> Art. 2 Protocolo 22 anejo al TFUE “Ninguna de las disposiciones del título V de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ninguna medida adoptada en virtud de dicho título, ninguna disposición de acuerdo internacional alguno celebrado por la Unión en virtud de dicho título y ninguna decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretativa de cualquiera de dichas disposiciones o medidas, ni ninguna medida modificada o modificable en virtud de dicho título vinculará a Dinamarca ni le será aplicable; estas disposiciones, medidas o decisiones no afectarán en modo alguno a las competencias, derechos y obligaciones de Dinamarca; dichas disposiciones, medidas o decisiones no afectarán en modo alguno al acervo comunitario o de la Unión, ni formarán parte del Derecho de la Unión, tal y como éstos se aplican a Dinamarca. En particular, los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que sean modificados seguirán siendo vinculantes y aplicables a Dinamarca sin cambios”.

<sup>333</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 15.

<sup>334</sup> Vid. Protocolo (nº 21). Sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia.

<sup>335</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 617; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable..., versión *on line*.”

<sup>336</sup> J.J. FAWCETT, “A United Kingdom Perspective on the Rome I Regulation”, en N. BOSCHIERO, *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, G. Giappichelli, Torino, 2009, pp. 191- 224, concr. p. 195.

consideraban que designar la Ley de la residencia habitual del intermediario carecía de todo sentido práctico. De igual forma, estaban en desacuerdo con las disposiciones referentes a los contratos de consumo<sup>337</sup>. Pero sin duda, la mayor preocupación que tenía el Reino Unido para adherir al Reglamento Roma I, era la aplicación del Art. 8.3 de la Propuesta, que versaba sobre las “Leyes de Policía”<sup>338</sup>. Este artículo era idéntico al Art. 7.1 CR, al que el propio Reino Unido había tachado de ser una disposición que generaba incerteza, y por este motivo, se reservó el Derecho de aplicarlo. Dicho aspecto fue probablemente el que más influyó para que el Reino Unido utilizara su facultad de *opting-out* en el Reglamento Roma I<sup>339</sup>. Así lo hizo saber en algún pronunciamiento: The Article 8(3) “introduces an unacceptable degree of legal uncertainty. In addition to increased legal costs and litigation, it could lead to the loss to other jurisdictions, probably New York, of significant volumes of international contract business such as commercial and governmental securitisations”<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> Vid. J.J. FAWCETT, “A United Kingdom Perspective on the Rome I ...”, p. 198.

<sup>338</sup> Artículo 8 Propuesta de Reglamento Roma I: “Leyes de policía: 1. Una ley de policía es una disposición imperativa cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea, por otra parte, la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento. 2. Las disposiciones del presente Reglamento no podrán afectar a la aplicación de las leyes de policía del juez a quo. 3. También podrá darse efecto a las leyes de policía de otro país que no sea el del foro, con el que la situación presente un vínculo estrecho. Para decidir si debe darse efecto a estas leyes, el juez tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto de acuerdo con la definición del apartado 1, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación para el objetivo perseguido por la ley de policía en cuestión y para las partes”.

<sup>339</sup> Vid. J. HARRIS, “Mandatory rules and public policy under the Rome I Regulation”, en F. FERRARI/S. LEIBLE, *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 269- 342, concr. p. 269; J.J. FAWCETT, “A United Kingdom Perspective on the Rome I ...”, p. 194.

<sup>340</sup> Letter from Baroness Ashton of Upholland, Parliamentary Under Secretary of State, to Lord Grenfell, Chairman of the HL Select Committee on European Union, 16 May 2006, *vid.* A. DICKINSON, “Third-country mandatory rules in the law applicable to contractual obligations: so long, farewell, auf wiedersehen, adieu?”, *Journal of private international law*, Vol 3, nº 1, April 2007, pp. 53-88, concr. p. 54.



Sin embargo, dada la gran cantidad de decisiones judiciales que los tribunales del Reino Unido habían proferido en el ámbito de los contratos internacionales, se presentó un enorme interés en las demás delegaciones, para encontrar conjuntamente una solución que permitiera el *optin-in* del Reino Unido al Reglamento Roma I<sup>341</sup>. Es importante destacar, que el gobierno Británico a pesar de no adherir en un principio a la Propuesta de Reglamento Roma I, continuó participando en las negociaciones. La decisión de *opting-out* podía ser reversada, y el Gobierno del Reino Unido entendió que de seguir manteniendo dicha posición, perjudicaría enormemente a las empresas Británicas, pues se quedaría rezagado de los demás miembros de la UE en cuanto a la unificación de las disposiciones de DIPr., especialmente, porque para ese momento ya le era aplicable el Reglamento 44/2001 y el Reglamento Roma II<sup>342</sup>.

Es por eso, que en el año 2008 el propio Ministro de Justicia puso en marcha un proceso de consulta de una propuesta que recomendaba el *opting-in* al Reglamento Roma I, teniendo en cuenta que algunos cambios de importancia habían sido incluidos en su redacción final. El resultado de dicha consulta fue positivo, y de inmediato se puso en marcha el proceso de inclusión al Reglamento Roma I, el cual finalizó con la aprobación por parte de la Comisión<sup>343</sup>.

**113.** El caso de Irlanda es totalmente distinto, ya que dicho país había manifestado desde el comienzo de las negociaciones, la aceptación

---

<sup>341</sup> M. HELLNER, "Third country overriding mandatory rules in the Rome I regulation: old wine in new bottles?", *Private International Law*, vol. 5 n° 3 (December 2009), pp. 447-70, conc. p. 451.

<sup>342</sup> H. MUIR WATT, "Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance", *European Review of Contract Law*, n° 3, 2010, pp. 250-283.

<sup>343</sup> J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p. 499.

del Reglamento Roma I, así lo recoge el Considerando 44 del Reglamento: “De conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento”<sup>344</sup>. Por lo tanto, el Reglamento Roma I tiene plena vigencia en el entero territorio de Irlanda.

## **B) Ámbito de aplicación temporal.**

**114.** La fecha de entrada en vigor del Reglamento Roma I fue el 24 de julio de 2008, pero su aplicación fue dispuesta a partir del 17 de diciembre de 2009. La única excepción fue el Art. 26 Reglamento Roma I, que tuvo aplicación a partir del 17 de junio de 2009 (Art. 29 Reglamento Roma I). Lo anterior se dispuso para otorgar un tiempo razonable a los Estados miembros para que notificaran a la Comisión los Convenios internacionales sobre conflicto de leyes en materia contractual, “en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción” del Reglamento Roma I (Art 25 Reglamento Roma I) .

El Reglamento Roma I no tiene carácter retroactivo, es decir, no se puede aplicar a los contratos celebrados antes de su entrada en vigor, puesto que el propio Art. 28 Reglamento Roma I restringe su utilización a aquellos contratos que se celebren a partir del 17 de diciembre de 2009. En conclusión, solo a los contratos celebrados a partir de esta fecha le serán aplicables las disposiciones del Reglamento.

### **a) Contratos celebrados antes del 17 de diciembre de 2009.**

---

<sup>344</sup>Considerando 44 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

**115.** Como España hacía parte del CR, los contratos celebrados entre el 1 de septiembre de 1993, y el 17 de diciembre de 2009, les será de aplicación las normas de conflicto contenidas en dicho Convenio. El Reino Unido también hacía parte del CR, por lo tanto a los contratos celebrados entre el 1 de abril de 1991 (fecha de entrada en vigor del CR) y el 17 de diciembre de 2009, les serán de aplicación las disposiciones del Convenio, mientras que los contratos concluidos con anterioridad al 1 de abril de 1991, les será aplicable el “*common law*”<sup>345</sup>.

#### **b) Contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993.**

**116.** Para los contratos celebrados antes de la entrada en vigor para España del CR, le será de aplicación el Art. 10.5 Código Civil<sup>346</sup>. Existen en España una gran variedad de decisiones judiciales sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales basadas en las disposiciones del Art. 10.5 CC. Un claro ejemplo lo muestra la sentencia de la AP Barcelona que ha aplicado el Art. 10.5 CC para definir la Ley aplicable a unos contratos de inversión celebrados en enero de 1992 entre tres personas físicas inversoras y una empresa Danesa (*Copenhagen Capital Management*). En esta sentencia, la Audiencia Provincial analiza la fecha de la firma del contrato de inversión, y descubre que es anterior a la entrada en vigor para España del CR. Por tal motivo, utiliza el Art. 10.5 CC y determina que la Ley aplicable al contrato es la Ley española<sup>347</sup>. La Audiencia Provincial no tiene ningún inconveniente en establecer la fecha de la firma del contrato como requisito fundamental para determinar si aplica el CR o el Art. 10.5 CC. Pero ¿qué sucede si surgen dudas respecto de la fecha de celebración del contrato, y por lo tanto, no se

---

<sup>345</sup> J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p.504.

<sup>346</sup> Ejemplos de correcta aplicación del Art 10.5 CC pueden encontrarse en las siguientes sentencias: STS, Civil, 19 de febrero de 1993, SAP de Tarragona, de 23 de octubre 2004, STS, Civil, de 3 de julio de 2003, STS, Civil, de 8 de abril de 2005.

<sup>347</sup> SAP Barcelona, 21 de julio de 2006.

sabe cuál normativa es aplicable al contrato internacional? La doctrina considera que ante la dificultad de saber, por su carácter meramente temporal, cuál norma de conflicto se debe aplicar al contrato internacional - porque no se puede determinar la fecha de celebración del contrato-, lo más razonable es aplicar las normas de conflicto preexistentes en el Estado del juez que lleve el litigio. Esto, porque es la norma que otorga mayor previsibilidad y seguridad a las partes<sup>348</sup>.

### c) Posturas jurisprudenciales.

117. La aplicación del ámbito temporal del CR ha dejado numerosas sentencias que pueden ayudar a comprender *mutatis mutandis* la aplicación temporal del Reglamento Roma I. Buena parte de los pronunciamientos de los jueces de los Estados parte aplicaron correctamente las disposiciones del CR, al analizar que el contrato había sido concluido cuando el Convenio ya había entrado en vigor para su respectivo país<sup>349</sup>. De la misma forma, existen una buena cantidad de resoluciones judiciales, que al aplicar el ámbito temporal del Convenio, determinaron que la norma de conflicto interna debía ser la encargada de solucionar el conflicto de leyes, pues el contrato había sido celebrado antes de la entrada en vigor del CR<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p. 96.

<sup>349</sup> En este sentido véase, STS, Social, de 14 de mayo de 2003; STS, Social, 9 de junio de 2003; STS, Social, de 20 de noviembre de 1998; STS. Social, de 29 de septiembre de 1998, SAP, Barcelona, de 19 de noviembre de 2002.

<sup>350</sup> Puede verse por ejemplo que el Tribunal de apelación de Amberes ha aplicado la norma de conflicto interna ya que el contrato fue celebrado antes del 1 de abril de 1991 fecha en que entró en vigor para Bélgica el CR. De acuerdo a su norma de conflicto interna, decidió aplicar la ley Belga para dirimir el conflicto, pues el empleado realizaba su trabajo en Bélgica, allí tenía también su domicilio, y a pesar de que el contrato se había celebrado en Los Países Bajos, se le pagaba en la moneda de ese país y estaba sujeto a la seguridad social de Los Países Bajos. The Appellate Court of Antwerp, April 12 2002, AD v. BVf), *vid.* A. MOURRE / Y.LAHLOU, "Chronicle of private international law applied to Business", *De Droit des affaires internationales*, nº 8, 2003, versión *online*; En España puede verse la: STS, Social, de 17 de enero 2005, contratos de trabajo celebrados en España por trabajadores españoles con empresa de la misma nacionalidad, para prestar servicios en la

Así lo hizo un tribunal belga al analizar que un contrato internacional de trabajo había sido celebrado antes de la entrada en vigor del CR para Bélgica, y por lo tanto utilizó su legislación interna "*methode indiciaire*" (método de agrupación de los factores de conexión), definiendo que la Ley aplicable era la de Bélgica porque las cláusulas contractuales habían reproducido las disposiciones de la Ley de empleo de ese país, y el empleador era de nacionalidad belga, con domicilio en Bélgica<sup>351</sup>.

Igualmente, en un contrato de distribución entre un fabricante Alemán y un distribuidor Francés se discutió el incumplimiento del contrato por parte del fabricante. En primera instancia fue condenado el fabricante francés bajo la aplicación de la Ley francesa. El tribunal de segunda instancia tuvo en cuenta que la relación comercial inició en el año 1988, por lo tanto, analizó la aplicación de la Convención de la Haya del 15 de junio de 1955. El tribunal descartó la aplicación de dicha Convención pues entendió que no se aplicaba para los contratos de distribución de mercancías. Posteriormente, analizó la aplicación del CR e igualmente lo descartó pues para 1988 dicho Convenio no había entrado en vigor para Francia. Finalmente, utilizando su norma interna estableció que debía regir la Ley del lugar de cumplimiento de la obligación principal, es decir el lugar donde el distribuidor ejercía su actividad, que para el presente caso era Francia<sup>352</sup>.

**118.** Sin embargo, no todas las resoluciones judiciales acertaron en la aplicación del ámbito temporal del CR. Es el caso de una sentencia

---

Sucursal del Banco empleador en Frankfurt. No se aplica el CR porque los contratos se firmaron antes de su entrada en vigor; asimismo puede verse: STSJ, Madrid, de 14 de mayo de 2007.

<sup>351</sup> Belgian Court Liege Labour Court. 19 January 2005. P v. J, *vid.* De Droit des affaires internationales, Decembre, 2005, N° 6.

<sup>352</sup> CA Lyon, September 25, 2008, Werner Koch Maschinentechnik y Moditec; *vid.* Y. AHOUE "Chronicle of Private International Law applied to business", *De Droit des affaires internationales*, n° 2, 2009, p. 215.

referente a un trabajador Belga que fue contratado por una empresa Suiza para trabajar en Francia, habiendo establecido una cláusula de sumisión a la Ley Suiza. Resulta inadmisibles que el tribunal de primera instancia belga al analizar el despido de este trabajador, haya aplicado el CR aduciendo que a pesar de que el contrato se había celebrado antes de la entrada en vigor del Convenio para Bélgica, la fecha a tener en cuenta debía ser la del despido del trabajador (1995), fecha en la que ya era aplicable el CR. Afortunadamente, el tribunal de apelación corrigió tan flagrante error, entendiendo que el CR era inaplicable en este caso, pues la fecha a tener en cuenta era la de la celebración del contrato, debiendo acudir a su norma de conflicto interna para determinar la Ley que regularía el conflicto<sup>353</sup>.

### **C) Ámbito de aplicación material.**

#### **a) Ámbito de aplicación material en la Propuesta de Reglamento Roma I.**

**119.** La Propuesta de Reglamento Roma I en su Art. 1.1 no traía grandes novedades con respecto a su antecesor el CR. Incluía tan solo un cambio de redacción y dos afirmaciones de importancia: en primer lugar excluía de la aplicación del Reglamento las “materias fiscales, aduaneras y administrativas”, y le incluía al final del numeral primero del Art 1, que las obligaciones contractuales deberán tener la naturaleza “civil y mercantil”<sup>354</sup>. Esta inserción obedecía a la necesidad de armonizar la terminología con respecto a otros instrumentos de la UE, particularmente el Reglamento 44/2001<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> Cass. Soc., September 26, 2007, X. v. Sacinter, también puede verse con error flagrante SAP Madrid, 3 de mayo 2006.

<sup>354</sup> Art. 1.1 de la Propuesta de Reglamento Roma I: “El presente Reglamento se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil. No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas”.

<sup>355</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “La propuesta comunitaria de Reglamento sobre la ley...”, p. 340.

**120.** Cambios un poco más significativos traía la Propuesta de Reglamento Roma I para el numeral segundo del Art 1, con el objetivo de armonizar el nuevo Reglamento con otros instrumentos de DIPr. de la UE (Reglamento 44/2001 y Reglamento Roma II). Para tal efecto, y recogiendo las respuestas al Libro Verde sobre transformación del CR en un Reglamento de la UE, el Art 1.2 de la Propuesta contenía la siguiente regulación :

- Se propuso mantener la exclusión contenida en el CR para que los Convenios sobre el arbitraje y los de elección del foro no estuviesen regulados en el nuevo instrumento. La razón principal que se esgrimió en las respuestas al Libro Verde, era la existencia de un tratado internacional que regula con suficiencia el tema del arbitraje, y la futura incorporación del tema de la competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001, como efectivamente ocurrió.

- De igual forma, se propuso unificar en un solo apartado las letras e) y f) del Art. 1.2 del CR, eliminando la primera frase de la letra f) del Convenio, puesto que para el tema de la representación se crea por medio del Art. 7 una norma específica<sup>356</sup>.

- Se propuso también excluir del ámbito de aplicación material del nuevo Reglamento las obligaciones precontractuales<sup>357</sup>. Esto se propuso porque iba en sintonía con la concepción restrictiva de “contrato” sostenida por el TJUE en su jurisprudencia sobre el Art. 5.1 del Reglamento 44/2001, y

---

<sup>356</sup> Artículo 1.2 f de la Propuesta de Reglamento Roma I: “las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como su constitución, capacidad jurídica, funcionamiento interno y disolución, así como la responsabilidad personal legal de los asociados y órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica, y la cuestión de si un órgano de una sociedad, de una asociación o de una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica”.

<sup>357</sup> Artículo 1.2 i Propuesta de Reglamento Roma I: “las obligaciones que se derivan de una relación precontractual”.

con el análisis de la mayoría de los sistemas jurídicos de los Estados miembros<sup>358</sup>. Esta propuesta encontró algunas voces de rechazo que mantenían la postura de no excluir a todas las obligaciones precontractuales del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I, sino que pudiese existir una diferenciación basado en los principios del Derecho de los contratos, con la posibilidad de un control judicial posterior<sup>359</sup>. Por otra parte, algunos autores consideraron lamentable que en la Propuesta del Reglamento Roma I no se hubiera aprovechado para incluir la unificación del Derecho de colisión en materia de contratos de seguros<sup>360</sup>.

## **b) Ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I.**

**121.** El ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I siguió buena parte de lo recogido en la Propuesta, pero realizó algunos cambios de consideración. En la primera parte, mantuvo la esencia de la Propuesta de Reglamento Roma I dándole un cambio a la redacción -que era muy similar a la del Convenio-, pero conservando los dos aspectos propuestos por la Comisión. El numeral segundo siguió también lo establecido en la Propuesta pero finalmente realizó los siguientes cambios: no unió en un solo apartado las letras e) y f) del Art. 1.2 del CR, sino que mantuvo casi exacta la redacción del Convenio, dejándolos por separado. Asimismo, conservó lo

---

<sup>358</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15.12.2005 COM(2005) 650 final, 2005/0261 (COD) p. 5.

<sup>359</sup> *Vid.* Propuesta del Instituto Max Plank de Hamburgo; S. LEIBLE, " La propuesta para un Reglamento "Roma I. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 6, 2006, Iprolex, Madrid, 2006, pp. 541-568, concr. p. 554.

<sup>360</sup> Al respecto *vid.* S. LEIBLE, " La propuesta para un Reglamento "Roma I. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto...", p. 543.



referente a las obligaciones precontractuales con un leve cambio en su redacción.

**122.** Finalmente el Art. 1.1 Reglamento Roma I quedó redactado de la siguiente manera: “El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas”. Lo anterior significa que cualquier juez de los Estados miembros de la UE (salvo las excepciones ya expuestas), debe obligatoriamente utilizar el Reglamento Roma I para resolver el conflicto de leyes, de acuerdo al mandato del Art. 1.1 Reglamento Roma I. La utilización del Reglamento Roma I, no está sometido a la discrecionalidad del juez, pues su aplicación no es opcional, sino por el contrario, es de forzoso cumplimiento. De acuerdo a esto, la única manera de descartar la aplicación del Reglamento Roma I al contrato internacional, será acudiendo a las restricciones que la propia norma impone, y no a valoraciones subjetivas del operador jurídico.

#### **a') Obligaciones contractuales de carácter civil y mercantil.**

**123.** El Reglamento Roma I circunscribe su aplicación a relaciones jurídicas de carácter contractual, tal como lo señalaba el Art 1.1 CR, y concreta que solo será aplicable a las materias civil y mercantil, es decir, obligaciones contractuales en el ámbito “jurídico-privado”<sup>361</sup>. Los cambios en este artículo no son significativos, dado que la inclusión de las palabras “civil

---

<sup>361</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable..., versión *on line*. Esta categoría que segmenta el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I (materias civil y mercantil) no es muy familiar para los juristas del *common law* y consideran que no es un “término técnico”. Esto se da porque no manejan una marcada distinción entre el Derecho público y el Derecho privado como en los sistemas romano-germánicos, por esta razón utilizan conceptos como “torts”, “contracts”, “real property” entre otros. *Vid.* J. BASEDOW, “La progresiva europeización del derecho ...”, p. 15.

y mercantil” se hizo para armonizar el texto con el Reglamento Roma II y el Reglamento 44/2001<sup>362</sup>.

De acuerdo a lo anterior debe entenderse que el Reglamento se aplica a:

- Todas las obligaciones de carácter contractual que no estén relacionadas en el Art. 1.2 Reglamento Roma I. Dentro de este concepto pueden incluirse los “contratos civiles, mercantiles, contratos de trabajo, contratos onerosos, gratuitos, lucrativos, típicos, atípicos, orales y escritos”<sup>363</sup>.

- Las obligaciones contractuales reguladas por el Reglamento Roma I son exclusivamente de Derecho privado. Es por eso, que a texto expreso el Art. 1.1 excluye las “materias fiscales, aduaneras y administrativas”. Es importante resaltar que el Reglamento Roma I no hace una distinción entre contratos de “naturaleza privada” o pública, ya que algunos Estados miembros no manejan esta distinción. Por tal motivo, debe entenderse que el Reglamento Roma I es también aplicable a los contratos en donde el Estado actúa mediante sus facultades *iure gestionis*, pero no cuando actúe con “potestad de *imperium*”<sup>364</sup>. Este aspecto cobra particular importancia, toda vez que buena parte de los contratos firmados por una autoridad pública, se hacen en el ámbito meramente privado, donde el Estado se despoja de su

---

<sup>362</sup> Vid. M. WILDERSPIN, "The Rome I Regulation: Communitarisation and modernisation of the Rome Convention", *Era-Forum*, vol. 9, nº 2, 2008, pp. 259-274, concr. p. 262; R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2009, p. 94; S. FRANCO, "Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux ...", pp. 41-69 .

<sup>363</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 23.

<sup>364</sup> En este sentido vid. M. GUZMÁN ZAPATER, "El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo...", versión *on line*; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 627.

poder soberano para actuar como un particular, y por ende, serán de entero conocimiento del Reglamento Roma I<sup>365</sup>.

#### **b') Obligaciones excluidas.**

**124.** Como el primero de los requisitos que trae el Reglamento Roma I, en cuanto a su aplicación material, es que las obligaciones jurídicas nazcan de un vínculo contractual, se debe analizar cuáles de estas obligaciones no tienen dicho carácter, y por lo tanto, no les son de aplicación las disposiciones del Reglamento<sup>366</sup>:

#### **a'') Obligaciones extracontractuales.**

**125.** Esta clase de vínculo jurídico no nace de un acuerdo de voluntades que genere obligaciones a las partes, por lo tanto, el Reglamento Roma I no le es aplicable. Para ellas existe un Reglamento de la UE encargado de determinar la Ley que debe dirimir el conflicto, el Reglamento Roma II<sup>367</sup>. De acuerdo a lo anterior, el Reglamento Roma I no regula las siguientes obligaciones: a. Todas aquellas obligaciones producidas por "ilícitos civiles extracontractuales y en general, obligaciones derivadas de daños". b. Aquellas obligaciones que se originan de actos jurídicos unilaterales. c. Las obligaciones naturales, siempre y cuando no nazcan de un anterior vínculo jurídico entre las partes de carácter voluntario.

#### **b'') Obligaciones contractuales que cuentan con normas específicas.**

---

<sup>365</sup> R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law...*, p. 94.

<sup>366</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., pp. 627 y ss.

<sup>367</sup> Sobre la relación del Reglamento Roma II con otras normas legales que tratan el conflicto de leyes sobre las obligaciones extracontractuales puede verse, M. FALLON, "La relación del Reglamento "Roma II" con otras normas de conflicto de leyes, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VII, 2007, pp. 187-217.

**126.** Algunas obligaciones a pesar de nacer de un vínculo contractual entre las partes, no entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I. La razón principal es que ya cuentan con un cuerpo jurídico que proporciona una regulación que brinda seguridad a los contratantes. Por este motivo, el propio Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación material las siguientes obligaciones:

a. Aquellas que se deriven de “letras de cambio, cheques y pagarés”. De la misma forma se excluyen “otros instrumentos negociables” cuando sus obligaciones se deriven de su propio carácter negociable, de acuerdo al Art. 1.2 d y Considerando 9 Reglamento Roma I. Esta exclusión ya se contemplaba en el CR, y debe entenderse que opera exclusivamente respecto del instrumento negociable, y no del contrato que origina la entrega del título valor, pues éste sí queda cubierto por las disposiciones del Reglamento Roma I. En cuanto a los instrumentos diferentes a la letra de cambio, cheque y el pagaré, solo son excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento, las obligaciones que se deriven de su carácter negociable<sup>368</sup>.

b. Los convenios arbitrales y los acuerdos de elección del tribunal competente<sup>369</sup>. Para estos dos eventos existen normas jurídicas específicas contenidas en los siguientes instrumentos:

-*Convenio arbitral*: Convenio de Nueva York y Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional de Ginebra de 21 de abril de 1961,

---

<sup>368</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable...”, versión *on line*.

<sup>369</sup> Uno de los principales argumentos que se esgrimió para excluir los convenios arbitrales de la regulación del Convenio de Roma fue que “se debía otorgar al tribunal arbitral la máxima libertad para aplicar cualquier ley si dicho Tribunal lo consideraba oportuno”, sin embargo algunos autores opinan que el procedimiento arbitral produce algunos de los más formidables problemas sobre el conflicto de leyes, por tal motivo una unificación normativa en esta materia sería bienvenida. *Vid.* M. PARISH, “The proper law of an arbitration agreement”, *Arbitration*, 2010, 76(4), pp. 661-679, versión *online*.

Ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre, entre otras disposiciones de carácter internacional<sup>370</sup>. Esta exclusión que también la traía el CR fue fuertemente discutida durante las negociaciones de la Convención. Algunas delegaciones entre ellas el Reino Unido, estaban en contra de dicha exclusión, pues consideraban que un acuerdo de arbitraje no difiere de otros acuerdos en cuanto a los aspectos contractuales. También se argumentó que algunos convenios internacionales no regulaban la Ley aplicable a los acuerdos de arbitraje, y que otros contenían una regulación inadecuada; asimismo, que dichos convenios no estaban ratificados por la totalidad de países de la Unión Europea. Por su parte, otras delegaciones como la alemana y la francesa, estaban de acuerdo con la exclusión, pues no consideraban conveniente un aumento de Convenios sobre esta materia, y adicionalmente, creían que el principio de los vínculos más estrechos contenido en el CR, sería de difícil aplicación a los acuerdos de arbitraje. En cuanto al Reglamento Roma I, la razón para mantener la exclusión fue precisamente que ya existían suficientes normas internacionales sobre la materia<sup>371</sup>.

- *Elección de tribunal competente*: Reglamento 44/2001(Art. 23 y 24) y Art. 22 LOPJ. Esta exclusión obedece al deseo de evitar una superposición de normas con el Reglamento 44/2001, ya que el legislador de la UE ha querido mantener una armonía entre los distintos instrumentos que unifican materias de DIPr., tal como lo recuerda el Considerando 7 del Reglamento Roma I: "El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia

---

<sup>370</sup> C. BRIÈRE, "Le droit international privé européen des contrats et la coordination des sources", *Journal du droit international*, nº. 3, 2009, pp. 791-807.

<sup>371</sup> Vid. B. YÜKSEL, "The relevance of the Rome I Regulation to international commercial arbitration in the European Union", *Journal of Private International Law*, vol 7, nº1, April 2011, pp. 149-78, versión *online*.

judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ( 5) (Bruselas I)...”<sup>372</sup>.

Sin embargo, es importante resaltar que las normas antes mencionadas presentan algunas lagunas de gran trascendencia, quedando cláusulas contractuales por fuera de su ámbito de aplicación, o incluso dentro del él, existen algunos aspectos materiales que no cuentan con una completa regulación jurídica<sup>373</sup>. Por estas razones surge la duda de ¿cómo solucionar ese vacío legal? Existen dos posturas para dar solución al problema<sup>374</sup>: la primera estima conveniente utilizar las disposiciones unificadas sobre conflicto de leyes en materia de Ley aplicable, pues con ellas, se logra que la misma Ley que rige el contrato, regule en estos aspectos las cláusulas de arbitraje y de tribunal competente. La segunda interpretación considera que son las normas de Derecho interno de cada Estado las llamadas a llenar los vacíos que dejan dichas disposiciones. Esta afirmación la hacen, pues el propio Reglamento Roma I las excluye de su ámbito de aplicación, y así, abre la puerta para que sea –en el caso español– el Art. 10.5 CC la norma que dirima la controversia<sup>375</sup>. No obstante existen voces que afirman que el Reglamento Roma I hubiese podido solucionar este problema al permitir llenar el vacío de las disposiciones legales internacionales sobre pacto de elección del tribunal y de arbitraje<sup>376</sup>.

---

<sup>372</sup> Sobre este aspecto *vid.* C. BRIÈRE, "Le droit international privé européen des...", pp. 791-807.

<sup>373</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable...", versión *on line*.

<sup>374</sup> *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 628.

<sup>375</sup> En este sentido: "Estas cuestiones no cubiertas por la regla uniforme quedarían, entonces, sometidas a la ley nacional aplicable conforme a las normas de Derecho internacional privado del foro". *Vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable...", versión *on line*.

<sup>376</sup> Así lo expresa A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: "En todo caso, hubiera sido mucho más conveniente y útil y hubiera proporcionado una mayor seguridad jurídica,

c. También quedan excluidos de la aplicación del Reglamento Roma I los asuntos referentes al Derecho de “sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas”, en temas tales como su constitución, capacidad, su funcionamiento interno, los aspectos inherentes a la disolución de estos organismos, “la responsabilidad personal de los socios y los administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas” (Art. 1.2 f Reglamento Roma I).

d. La “posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica”, Así lo establece el Art. 1.2. g Reglamento Roma I.

e. La “constitución de trust, las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios” (Art. 1.2 h Reglamento Roma I).

f. Las “obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato” (Art. 1.2 i. Reglamento Roma I).

g. Los “contratos de seguros que se derivan de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el artículo 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida, y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, actividad profesional conjunto de actividades profesionales, en caso de fallecimiento, supervivencia, cesación

---

que el Reglamento Roma I hubiera fijado la Ley aplicable a los distintos aspectos jurídicos de estos pactos de elección de arbitraje y de tribunal, al menos para las cuestiones no reguladas por otros instrumentos legales internacionales específicos en la materia.” A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 628; en el mismo sentido: E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 24.

o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales”<sup>377</sup>.

h. De la misma forma, el Reglamento Roma I no se aplica a “la prueba ni al proceso, sin perjuicio del Art 18” Reglamento Roma I.

### **c’’) Obligaciones contractuales producidas dentro del Derecho de familia.**

**127.** El Reglamento Roma I no le es aplicable a las siguientes obligaciones que nacen al interior del Derecho de familia:

a. El “estado civil y la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13” Reglamento Roma I. Esta exclusión que también la traía el CR, es el reflejo de la clara divergencia entre los sistemas del “*civil law*” y el “*common law*” al interior de los Estados miembros. El *common law* considera la capacidad de las personas como un aspecto contractual, cuestión que no es la misma en el *civil law*<sup>378</sup>. Adicionalmente, dicha exclusión se plantea porque la capacidad contractual será determinada

---

<sup>377</sup> En el tema de seguros los Tribunales griegos nos ofrecen dos ejemplos de exclusión del CR para determinar la ley del contrato pues se encontraba fuera de su ámbito de aplicación material. La Court of Appeal of Piraeus 342/2007 falló sobre un contrato de seguros marítimos extranjeros donde las partes habían elegido que la ley aplicable sería el derecho Inglés y que el tribunal competente sería el griego. El tribunal expone que es inaplicable el CR pues su ámbito material no cubre esta clase de seguros. Por lo tanto basado en su norma interna y en este caso la voluntad de las partes aplica el derecho Inglés. Asimismo, la Court of Appeal of Piraeus 566/2007, resuelve un caso donde un demandante ciudadano Griego con domicilio en Grecia había firmado un contrato de seguro para su barco con la empresa de seguros demandada, y habían elegido a la ley inglesa para solucionar su conflicto. Durante un viaje se incendió un motor del barco destruyendo por completo la embarcación. El demandante solicita hacer efectiva la póliza y el correspondiente pago. La aseguradora niega el pago porque el barco no contaba con un sistema automático de protección contra incendios, condición esencial para esta clase de coberturas. El afectado inicia el proceso bajo un tribunal de Grecia quien después de analizar el CR, determina que no es aplicable a esta clase de seguros, por lo que usa su propia norma de conflictos Art 25 CC Griego avalando la ley Inglesa elegida por las partes.

<sup>378</sup> B. RICH, "Case Comment: Gorjat v Gorjat - identifying the "true issue" in private international law", *Private Client Business*, 2011, n°1, pp. 12-19, versión *online*.



de acuerdo al sistema legal identificado por las normas de DIPr. del foro de acuerdo al Art. 13 Reglamento Roma I<sup>379</sup>. Por tanto, las disposiciones encargadas de regular estos aspectos serán las normas de conflicto internas de cada Estado miembro. En el caso español será el Art. 9.1 CC, el cual rige la capacidad para contratar, sin perjuicio del Art. 13 Reglamento Roma I<sup>380</sup>.

b. Aquellas “obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos”.

c. Las “obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones”<sup>381</sup>. El Reglamento Roma I incorpora en este artículo las relaciones emanadas de parejas de hecho, sin importar su grado de vinculación jurídica<sup>382</sup>. Estas relaciones jurídicas excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I, ostentan una doble condición; son por un lado relaciones con un carácter “familiar”, y por otro lado, ostentan un carácter “contractual”. El legislador de la UE ha hecho un balance de esta dualidad y se ha inclinado por preservar y resaltar el carácter familiar de este tipo de relaciones jurídicas. Por tal motivo, decidió excluirlas del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I, para que otro instrumento de la UE sea el encargado de suministrar la solución

---

<sup>379</sup> R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law ...*, p. 101.

<sup>380</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 23.

<sup>381</sup> Artículo 1.2 c Reglamento Roma I.

<sup>382</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, "El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo...", versión *on line*.

conflictual de manera específica<sup>383</sup>. Asimismo, la exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I de esta clase de relaciones jurídicas, tiene el objetivo de seguir la misma línea que el Reglamento Roma II, el cual, equipara las relaciones familiares con aquellas que tengan efectos comparables a estas<sup>384</sup>.

### **c') Situaciones que presentan un conflicto de leyes.**

**128.** El Art. 1 del CR establecía que sus disposiciones serían “aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales”. El Art. 1 Reglamento Roma I no presenta cambios de consideración al disponer que el Reglamento será de aplicación a las “obligaciones contractuales” en aquellas circunstancias donde se presente un “conflicto de leyes.” Esta expresión utilizada en el CR fue conservada en el Reglamento, pues designa un amplio margen de aplicación respecto de la internacionalidad del contrato, y posibilita hábilmente la distinción entre una situación jurídica interna y una de carácter internacional, dada la conocida “ambigüedad” en este aspecto<sup>385</sup>. Adicionalmente, busca evitar que las partes puedan hacer una fraudulenta internacionalización del contrato, a fin de acogerse a un sistema legal que les sea más favorable<sup>386</sup>.

---

<sup>383</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, "La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y de sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2009, vol. 1, nº 1, pp. 112-130, concr. p.115.

<sup>384</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable...", versión *on line*.

<sup>385</sup> S. FRANCO, "Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux...", pp. 41-69.

<sup>386</sup> De todas formas, como lo expone ESPINAR VICENTE, esta prevención es innecesaria, puesto que el Reglamento Roma I cuenta con disposiciones que limitarían cualquier interés fraudulento de internacionalizar una relación jurídica, tales como el Art. 3 num. 3 y 4, y adicionalmente, porque la autonomía material de los contratantes no impide la incorporación de las disposiciones del Derecho extranjero que las partes estimen adaptables a su negocio jurídico. *Vid.* J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional...*, p.673.

**129.** El Reglamento Roma I, así como la mayoría de los cuerpos jurídicos de DIPr. no establecen cuándo una obligación jurídica deben considerarse como internacional<sup>387</sup>. Esta ausencia de definición produce una gran dificultad a la hora de determinar si estamos en presencia de un contrato interno, o uno transnacional. Por tal motivo, se debe acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para establecer el alcance de la expresión “situaciones que impliquen un conflicto de leyes”<sup>388</sup>. Sin embargo, la tarea no resulta sencilla, toda vez que no existe consenso doctrinal para determinar las circunstancias en donde una obligación ha de considerarse internacional, y por ende, aplicarle la normativa conflictual contenida en el Reglamento Roma I.

**130.** Se considera que hay conflicto de leyes cuando existe la “duda de qué derecho estatal debe regir un contrato”, y esta incertidumbre se presenta cuando el contrato presenta “elementos extranjeros” cualquiera que sean estos<sup>389</sup>. El informe GIULIANO/LAGARDE nos proporciona más pistas para entender cuando una situación presenta un conflicto de leyes. Exponen los profesores, que son relaciones jurídicas que presentan uno o varios elementos de extranjería en relación a la “vida social interna de un país”. De acuerdo a esto, entienden que un elemento de extranjería puede ser la

---

<sup>387</sup> Una excepción a esta indefinición se puede encontrar en el Art. 1 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México, D.F, el 17 de marzo de 1994, en la quinta conferencia especializada interamericana sobre DIPr: “Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.”

<sup>388</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 27.

<sup>389</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 629; en el mismo sentido, *vid.* R. DÁVALOS FERNÁNDEZ, “La regulación jurídica del contrato internacional”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, nº 16 (2003), pp. 11-64, *concr.* p. 12.

nacionalidad de una o ambas partes, el domicilio en el extranjero, el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución de las prestaciones etc<sup>390</sup>.

**131.** Una sentencia francesa nos puede ayudar a entender cuándo se presenta un conflicto de leyes<sup>391</sup>. Se trataba de una acción entre dos partes de nacionalidad francesa, donde una de ellas pretendía el pago del saldo pendiente por la venta de un avión en la República Centroafricana. El tribunal de apelación no utiliza las disposiciones del CR para establecer la Ley del contrato, sino su norma interna, pues entiende que en el litigio no está presente el carácter internacional, y por ende no existe un conflicto de leyes. Finalmente el Tribunal Supremo al resolver el recurso de Casación, estimó que era aplicable el CR atendiendo a su Art. 1, pues entendió que en este caso si existía un conflicto de leyes, ya que a pesar de que muchos de los elementos del contrato estaban ubicados en Francia, también existían puntos de conexión con el país Africano, y por esta razón, existía un conflicto de leyes.

**132.** Para entender un poco más los linderos entre un contrato interno y uno transnacional, se acudirá a la doctrina especializada, la cual muestra las dos tendencias más importantes respecto de la internacionalidad del contrato: tesis del efecto internacional, y la tesis del elemento extranjero.

#### **a'') Tesis del efecto internacional.**

**133.** Proveniente de la doctrina francesa esta tesis considera que una situación es internacional, no desde el punto de vista de sus elementos, o de la situación jurídica, sino desde el punto de vista de sus consecuencias;

---

<sup>390</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p. 10.

<sup>391</sup> Cass. Civ. 1 si 31 May 2005. Pourcet v. Decoville, Con comentario de A. MOURRE/ Y. AHOU, "Chronicle of Private International Law applied to business", *De Droit des affaires internationales*, nº 6, 2005, version *online*.

es decir, cuando los efectos que la relación jurídica produce están vinculados con otros países, o afecta los intereses del comercio internacional<sup>392</sup>. Los teóricos basan su argumentación en el Art 1 Reglamento Roma I, -más exactamente en su expresión “conflicto de leyes”- para definir que un contrato que tenga efectos exclusivamente en un país, no puede plantear conflicto de Ley alguno<sup>393</sup>. En suma, aquellos contratos que tienen efectos o consecuencias en un solo país no se les consideran internacionales.

Esta postura jurídica es valorada positivamente, ya que se adapta a la realidad de un comercio cada vez más globalizado, y porque hace derivar la internacionalidad de las repercusiones del contrato en el comercio internacional y su vinculación con otros países, dejando a un lado la valoración de sus elementos. No obstante lo anterior, la “tesis del efecto Internacional” es considerada “excesiva e imprecisa”. En primer lugar porque al no tener en cuenta los elementos de la situación jurídica, cataloga como internacionales contratos que no cuentan con elementos objetiva ni subjetivamente vinculados con el negocio jurídico; y en segundo término, porque presenta una gran dificultad establecer cuándo un contrato produce o producirá efectos internacionales, mucho más ahora cuando la globalización está eliminando las fronteras, y cualquier situación produce consecuencias internacionales<sup>394</sup>.

### **c”) Tesis del elemento extranjero.**

---

<sup>392</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p.108; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, p. 28.

<sup>393</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 28.

<sup>394</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Configuración básica del contrato internacional", en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed, Colex, Madrid, 2006, pp. 73-134, concr. p. 137.

**134.** Esta tesis considera que el contrato tiene carácter internacional cuando presenta un punto de conexión con un Estado distinto de aquel que conoce el litigio, es decir, presenta al menos un elemento extranjero. Este elemento extranjero puede ser cualquiera y no se tiene en cuenta su naturaleza, relevancia o intensidad, pero debe estar vinculado directamente a una situación jurídica concreta, y esta relación directa, provocará que sea considerada internacional<sup>395</sup>. De acuerdo a lo anterior, dos tipos de situaciones pueden contener elemento extranjero:

a. *Las objetivamente internacionales*, en donde los elementos objetivos de la relación están vinculados con distintos países (domicilio de las partes, lugar de ejecución de las prestaciones, lugar de celebración del contrato).

b. *Las subjetivamente internacionales*, donde los elementos objetivos están vinculados con un único país, pero las partes mediante el uso de la autonomía de la voluntad conflictual, han sometido la solución de su controversia a un tribunal foráneo, o han escogido un Derecho extranjero para regular su relación contractual<sup>396</sup>.

En suma, solo aquellos contratos donde la totalidad de elementos objetivos y subjetivos están vinculados con un solo país son contratos internos, por lo tanto no se plantea la duda de qué tribunal o Derecho se aplicará al litigio, y por este motivo es ajeno al DIPr<sup>397</sup>.

#### **d') Internacionalidad del contrato en el Reglamento Roma I.**

---

<sup>395</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado...*, p. 21.

<sup>396</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Configuración básica del...", p. 136.

<sup>397</sup> *Ibidem*, p. 137.

**135.** La doctrina se inclina por la teoría del elemento extranjero, pues ésta se basa en un artículo del Reglamento Roma I (Art. 3.3) cuando utiliza la expresión “elementos pertinentes de la situación”, y no en la sola interpretación de sus disposiciones, como lo hace la teoría de los efectos al interpretar el “término conflicto de leyes”<sup>398</sup>. En efecto, el Art. 3 Reglamento Roma I permite a las partes elegir la Ley aplicable a su contrato (autonomía de la voluntad conflictual)<sup>399</sup>. De esta elección se pueden desprender dos situaciones: a. Que el contrato tenga sus elementos objetivos ubicados en distintos países, y las partes eligen como Ley aplicable a su contrato la Ley de alguno de estos Estados, o incluso, la de un Estado que no tenga conexión con el negocio jurídico. Aquí es claro que existe un “conflicto de leyes”, al tener el contrato vínculos con más de un Estado, y por tanto, se le aplicará el Reglamento Roma I. b. Que el contrato tenga todos los elementos objetivos ubicados en un mismo país, pero que el único elemento internacional sea la elección, por parte de los contratantes, de una Ley extranjera para regular el contrato. En este caso aunque todos los elementos

---

<sup>398</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el ...*, p.111.

<sup>399</sup> Sobre la autonomía de la voluntad conflictual, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en Derecho internacional privado español”, *REDI*, 1990, vol. LXII, pp. 125-152; 152; J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las cláusulas Paramount: autonomía de la voluntad y selección del Derecho aplicable en el transporte marítimo internacional*, Madrid, 1997; B. ANCEL, “Autonomía de la voluntad y Derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y México”, *AEDIPr.*, t. II, 2002, pp. 33-45; P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979; B. BENDREF, “Vereinbarung neutralen Rechts in internationalen Verträgen”, *RIW*, 1980, pp. 386-389; A. DANGER, *Die Rechtswahl bei internationalen Schuldverträgen aus der Sicht des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin, 2008; G.R. DELAUME, “L’autonomie de la volonté en Droit international privé”, *RCDIP*, 1950, pp. 321-340; A. DE DONATIS, *L’autonomia delle parti e la scelta della legge applicabile al contratto internazionale. Gli ordenamenti interno e convenzionale e il progetto di riforma del 1990 del diritto internazionale privato*, Padova, 1991; W. HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931; H. HEISS, “Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischen Internationalen Privatrecht?”, *RabelsZ*, 65, 2001, pp. 634-653; J.M. JACQUET, *Principe d’autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983; ID., “L’incorporation de la loi dans le contrat”, *TCFDIP*, 1993/95, pp. 23-39; E. JAYME, “Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, en *Festschrift Werner Lorenz*, Tübingen, 1991, pp. 435-464.

del contrato -excepto la elección de Ley – están ubicados en un mismo país, se debe aplicar el Reglamento Roma I, pues la autonomía de las partes para elegir un Derecho extranjero regulador de su contrato, constituye el elemento que le otorga el carácter de internacional<sup>400</sup>. No obstante, el propio Reglamento impone unos límites a dicha elección para evitar el fraude de Ley internacional.

**136.** Ahora bien, con la designación de una Ley extranjera cuando los demás elementos objetivos del contrato se encuentren en un único país, surge la duda de saber si ¿está elección convierte al contrato en internacional? Un sector de la doctrina entiende que no. Dicha elección de Ley no convierte al contrato en internacional, a pesar de que se le aplicarán las disposiciones del Reglamento Roma I. Lo anterior, porque no se está ante un “verdadero contrato internacional” cuando la elección de una Ley extranjera por parte de los contratantes, es el único vínculo con un país distinto, al que reúne los demás elementos del contrato<sup>401</sup>. El Derecho foráneo designado se introduce al contrato “como una cláusula contractual más”, es decir, como parte de su autonomía material, pero siempre con el límite respecto de las normas imperativas<sup>402</sup>. No obstante, el hecho de que a situaciones de este tipo se le pueda aplicar el Reglamento Roma I, ha recibido algunas críticas por parte de la doctrina jurídica, puesto que consideran que estos contratos no son realmente contratos internacionales<sup>403</sup>.

---

<sup>400</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el ...*, p.110.

<sup>401</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos ...*, p. 31.

<sup>402</sup> En este sentido *vid.* E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 30; M. GUZMÁN ZAPATER, "El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo...", *versión on line*; R. DÁVALOS FERNÁNDEZ, "La regulación jurídica del contrato internacional", p. 15.

<sup>403</sup> B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge...*, p. 39.



La segunda postura entiende que la elección de Ley si convierte al contrato en internacional, ya que el hecho de escoger como *lex contractus* un Derecho extranjero, permite la incorporación de un elemento de extranjería, que es la propia elección de Ley, y por tanto, es un contrato internacional en todo sentido, al que lógicamente se le deben aplicar las disposiciones del Reglamento Roma I.

**137.** Esta discusión se presentó durante las negociaciones del CR y enfrentó dos corrientes opuestas. La primera consideraba que debía limitarse la libertad de elección de Ley, para impedir que una situación jurídica interna se internacionalizara, solo por el hecho de escoger una Ley foránea para regular el contrato. Por lo tanto, si la situación jurídica no contenía otro elemento de extranjería distinto a la elección de Ley, no podría aplicársele la Ley elegida por las partes. Por su parte, la otra corriente liderada por los juristas británicos, consideraba infundado limitar la autonomía conflictual de las partes, pues entendían que este límite podría alcanzar a entorpecer una justificada elección de Ley. Dichos expertos propusieron que la libertad de elección de la Ley del contrato solo fuera limitada en casos excepcionales, como en el caso de la aplicación de las normas imperativas, solución finalmente recogida en el CR y ahora trasladada al Reglamento Roma I<sup>404</sup>.

### **c ) Ámbito de aplicación personal.**

**138.** La Propuesta del Reglamento Roma I traía un cambio de la expresión “carácter universal” utilizada por el CR como título del Art. 2. En su lugar se pretendía ubicar la siguiente expresión: “aplicación de la Ley de un país tercero”. La principal motivación para esta modificación, la constituía el hecho de que en algunas versiones lingüísticas la expresión “carácter

---

<sup>404</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p. 17.

universal” era una fuente de confusión, como sucedió en las discusiones del Reglamento Roma II, por lo tanto, parecía conveniente modificarla<sup>405</sup>. No obstante esta preocupación, la redacción final del Reglamento Roma I conservó intacto el título del Art. 2 del CR, manteniendo la misma línea del Reglamento Roma II, con tan solo algunos leves cambios en la redacción del artículo y en el nombre de su título<sup>406</sup>. De acuerdo a lo anterior, el Art. 2 del Reglamento Roma I quedó redactado de la siguiente manera: “Aplicación universal. La Ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”.

#### **a’) Aplicación universal.**

**139.** El ámbito de aplicación personal del Reglamento Roma I ostenta una “aplicación universal”, en otras palabras, su aplicación es “*erga omnes*”, es decir, respecto de todos<sup>407</sup>. La aplicación universal de una norma uniforme significa que dicho cuerpo jurídico debe aplicarse, no solamente cuando el contrato presente puntos de conexión entre Estados miembros de dicho instrumento unificador<sup>408</sup>. Por lo tanto, en el caso del Reglamento Roma I, el juez debe utilizar el Reglamento para determinar la *lex contractus*, no solamente a las relaciones jurídicas al interior de la UE, sino debe acudir

---

<sup>405</sup> Vid, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15.12.2005 COM(2005) 650 final, 2005/0261 (COD) p. 5; C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “La propuesta comunitaria de Reglamento sobre la ley...”, p. 343.

<sup>406</sup> C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, “Ley aplicable al contrato de transporte internacional...”, p. 167.

<sup>407</sup> La aplicación *erga omnes* de un instrumento internacional no es una innovación en Europa. Esta era ya la política de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado para proyectos de Convención, donde no se basaba en el principio de reciprocidad, sino en la aplicación universal de sus normas. Vid. K. SIEHR, “European private international law and non-european countries”, en P.J. BORCHERS/J ZEKOLL (ed.), *International conflict of laws for the third millennium*, Transnational Publishers, New York, 2000, pp. 289-300, concr. p. 291.

<sup>408</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...”, p. 13.

a él, aunque el contrato tenga vínculos con terceros Estados<sup>409</sup>. Por lo tanto, un conflicto de Ley entre las normas jurídicas de Colombia y México entra en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I, tanto, como un conflicto jurídico entre las leyes de Los Países Bajos y España<sup>410</sup>. Por ello, el Reglamento Roma I debe emplearse sin importar la “residencia, domicilio o nacionalidad de las partes”, ni ninguna otra circunstancia del contrato<sup>411</sup>.

A su vez es importante destacar, que para la aplicación del Reglamento Roma I no debe tenerse en cuenta la Ley designada para regular el contrato. Es decir, podrá elegirse la Ley de un Estado miembro del Reglamento Roma I, o bien, la Ley de cualquier otro Estado. En este sentido, el carácter universal del Reglamento no limita la aplicación de la Ley foránea a que exista el requisito de reciprocidad<sup>412</sup>.

**140.** Las decisiones judiciales que sobre esta materia produjo el CR reflejan que, aunque en gran medida fue bien entendido por los jueces de los Estados parte, existieron muchas sentencias que desconocieron la aplicación *erga omnes* del texto uniforme, desnaturalizando una de sus características especiales. Así, la SAP Pontevedra reconoce el carácter universal del CR manifestando que: “Bien es verdad que la República Bolivariana de Venezuela no es parte en el referido Convenio, pero el Art. 2, titulado “Carácter universal”, resulta igualmente claro cuando dispone: “la

---

<sup>409</sup> No lo entendió así la SAP Bizkaia, de 11 de octubre 2006 al aplicar erróneamente el carácter universal del CR, donde en un conflicto de naturaleza mercantil derivado de una compraventa internacional de mercancías entre una entidad vendedora- actora de nacionalidad costarricense y una entidad compradora- demandada de nacionalidad española, no aplica el CR argumentando que Costa Rica no hacía parte del Convenio, y acude al Art. 10.5 CC para establecer la *lex contractus*.

<sup>410</sup> En este sentido, *vid.* T.C. HARTLEY, *International commercial litigation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 573.

<sup>411</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 626.

<sup>412</sup> M. BOGDAN, “Contracts in cyberspace and the new ...”, p. 221.

Ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal Ley es la de un Estado no contratante<sup>413</sup>. Asimismo, la Corte de Casación francesa, basada en el carácter universal del CR, estableció que la Ley que regularía el contrato (seguro) sería la de un tercer Estado (Islas Man)<sup>414</sup>.

Sin embargo, existen sentencias donde el juez del caso utilizando argumentos diversos desconoce el carácter universal del Convenio, y deniega erróneamente la utilización del CR para designar la Ley del contrato. En unos casos basa su argumento en que, para aplicar el CR, la relación jurídica debe tener necesariamente vínculos con Estados parte del Convenio. El TSJ de Madrid Sala de lo Social defiende enérgicamente esta errada postura, al afirmar que: “Los convenios internacionales se aplican a los Estados que manifiestan su consentimiento a ellos en las formas previstas en el derecho internacional, no a Estados que no son parte en los convenios. El Convenio de Roma se aplicará cuando en el contrato en cuestión concurren vínculos con los ordenamientos jurídicos de varios Estados de la Unión, relativos a la nacionalidad, al lugar de celebración, al lugar de ejecución u otros elementos que el Convenio considere...”<sup>415</sup>.

Otras sentencias exigen para aplicar el CR, que las partes del contrato sean nacionales de algún país parte del Convenio. Así lo exige la Audiencia Provincial de Granada en un litigio sobre una compraventa internacional de mercaderías, en donde la entidad vendedora es de nacionalidad española, mientras la compradora es una sociedad de

---

<sup>413</sup> Contrato de compraventa de mercaderías donde las partes son de nacionalidad española pero residentes en Venezuela al momento de la celebración del contrato. SAP Pontevedra, 10 de julio de 2008.

<sup>414</sup> Cas.Civ. Primero, 22 de mayo de 2007, X. v. Royal Skandia, Con comentario de :A. MOURRE/ Y. AHOU, “Chronicle of Private International Law applied to business”, *De Droit des affaires internationals*, No 6, 2007, versión *online*.

<sup>415</sup> Demanda por despido improcedente en un contrato de trabajo en la en la embajada de España en Costa de Marfil. STSJ, Madrid, de 7 de octubre de 1999.

nacionalidad Estadounidense<sup>416</sup>. La demanda se realiza por incumplimiento contractual en la obligación de entrega de las mercancías (muslos de gallina y pollo para paella), toda vez que el estado de las mismas, no la hacían óptima para su consumo y comercialización. La Audiencia Provincial argumenta lo siguiente: “No estamos de acuerdo con el Juez de Instancia en la aplicación del convenio de Roma de 19 de junio de 1980 (RCL 1993, 2205 y 2400) sobre obligaciones contractuales ya que el mismo tiene un ámbito territorial coincidente con los países que conforman la Comunidad Europea, y, en consecuencia, no puede ser hecho valer en las relaciones entre partes que no sean nacionales de estos países”. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Granada indica que la norma de conflicto aplicable al caso debe ser el Art. 10 del CC, pero finalmente aplica la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

**141.** En suma, la razón de ser de la aplicación universal del Reglamento Roma I, es evitar la coexistencia de dos cuerpos jurídicos perfectamente aplicables a la misma situación jurídica, ya sea en el ámbito interno de la UE, o en relación a terceros países<sup>417</sup>. De esta manera, se logra establecer un “sistema general de Derecho aplicable a las obligaciones” contractuales, abierto a cualquier relación internacional por fuera de la Unión, y no solamente para vínculos al interior de la propia UE<sup>418</sup>. Por este motivo, la correcta aplicación del carácter *erga omnes* del Reglamento Roma I por parte de los tribunales, es vital para que las relaciones comerciales internacionales, sean reguladas de manera eficiente por la misma norma de conflicto, y cualquier interpretación errada de este carácter universal, perjudicará enormemente a las partes del contrato.

---

<sup>416</sup> SAP Granada, 2 de marzo 2000.

<sup>417</sup> A. BONOMI, "The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual ...", p. 168.

<sup>418</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado...*, p. 484.

**b') Conflicto de leyes de carácter interno.**

142. El Art. 22 Reglamento Roma I determina, que si un Estado miembro está conformado por diferentes unidades territoriales, y éstas a su vez, cuentan con regulación propia sobre el tema de las obligaciones contractuales, el Reglamento Roma I no es de aplicación para resolver el conflicto de leyes entre esas unidades territoriales. Sin embargo, si dicho Estado quiere extender la aplicación del Reglamento Roma I para resolver el conflicto de leyes entre estos territorios, puede hacer uso de la facultad que le otorga el propio Reglamento.

El Reino Unido, está conformado por tres unidades territoriales (Inglaterra, Escocia e Irlanda del Norte) que cuentan con normas propias en materia de obligaciones contractuales. El gobierno británico ha tomado la decisión de extender la aplicación de las disposiciones del Reglamento Roma I para resolver el conflicto de leyes entre las diferentes unidades territoriales del Reino Unido, así como para resolver el conflicto de leyes entre una o más partes del Reino Unido y Gibraltar<sup>419</sup>. España por su parte, también cuenta con unidades territoriales que poseen normas independientes sobre el tema de las obligaciones contractuales, pero a diferencia del Reino Unido, el Estado español ha decidido no hacer uso de la facultad que le otorga el Reglamento Roma I para extender su aplicación a los conflicto de leyes entre estos territorios. Por lo tanto deberá acudir a su norma de conflicto interna<sup>420</sup>.

---

<sup>419</sup> Así lo recuerdan los profesores J.HILL/A.CHONG "...the UK government has chosen to extend the Regulation's rules to conflicts between the laws of different parts of the United Kingdom and conflicts between the laws of one or more parts of the United Kingdom and Gibraltar". Vid. J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p. 504.

<sup>420</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos ...*, p. 147.

**c') Inaplicación de las normas de DIPr. relativas a la contratación internacional contenidas en la legislación interna.**

**143.** El mencionado carácter universal del Reglamento Roma I desplazó la aplicación de las normas de DIPr. internas de cada Estado parte. El juez de un Estado miembro para solucionar el conflicto de leyes internacional, debe acudir al Reglamento Roma I y no a su legislación interna, puesto que la norma uniforme prima sobre las disposiciones nacionales<sup>421</sup>. En este sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, donde se reafirma el desplazamiento de las normas de conflicto internas por parte de las normas de conflicto uniformes. Aunque el análisis se hace en referencia al CR, es perfectamente trasladable al Reglamento Roma I. Expone el Tribunal que el CR “regula con carácter universal y determina la Ley que ha de regir una relación jurídica que tiene puntos de conexión con legislaciones de diferentes Estados. Esta regulación, conforme a su artículo 2, es de aplicación preferente, incluso si la Ley designada por el mismo es la de un Estado no contratante, de modo que, las normas de Derecho internacional privado contenidas en el capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, pasan a tener un carácter residual y solamente son aplicables a las modalidades contractuales no comprendidas en el Convenio de Roma (art. 1.9) y los contratos otorgados con anterioridad a su entrada en vigor”<sup>422</sup>. En esta Sentencia, el Tribunal expone claramente el desplazamiento, que de las normas de conflicto contenidas en el código civil, hace la norma de conflicto uniforme, y deja claro que tan solo serán aplicables en casos residuales. Por eso, las normas de conflicto internas de cada Estado miembro, tienen ahora un mínimo margen de actuación.

---

<sup>421</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 619.

<sup>422</sup> STSJ Madrid 14 de septiembre 2000.

**a”) Supuestos de aplicación de las normas de conflicto internas.**

**144.** A pesar de que el Reglamento Roma I ha desplazado casi en su totalidad a las normas de conflicto internas de cada Estado miembro dejándolas prácticamente inaplicables, es cierto que no han sido derogadas, por lo que su articulado se encuentra plenamente vigente y será de aplicación en unos supuestos muy puntuales. Por tanto, aunque con un estrecho margen de aplicación, las normas de conflicto internas se deben aplicar en los siguientes supuestos:

-Contratos internacionales excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I. Los contratos excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I serán regulados por las normas de conflicto internas, siempre y cuando no exista una norma especial sobre dicha materia, la cual, tendrá una aplicación prioritaria y excluirá dichas disposiciones. Por tal motivo, este caso es considerado por la doctrina “más teórico que real”<sup>423</sup>.

-Asuntos de Derecho Interregional. Las normas de conflicto internas son las encargadas de identificar la Ley aplicable al contrato, cuando se presente un conflicto de Ley al interior de los países que cuentan con distintas unidades territoriales, y que tienen sus propias disposiciones legales sobre obligaciones contractuales<sup>424</sup>. Esto sucede en España, porque el territorio español se encuentra políticamente dividido en Comunidades Autónomas, y algunas de ellas, cuentan con disposiciones propias inherentes a los contratos, lo que puede provocar un conflicto de leyes de

---

<sup>423</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos ...*, p. 146.

<sup>424</sup> Sobre este tema véase la SAP Navarra, de 16 de noviembre de 2001.



carácter interno<sup>425</sup>. Como vimos, el Reglamento Roma I podía ser de aplicación a los conflictos de leyes de carácter interregional, siempre y cuando el Estado miembro así lo estableciera, toda vez que ésta posibilidad la contemplaba el propio Reglamento (Art. 22.2 Reglamento Roma I<sup>426</sup>). España no ha hecho uso de esa facultad, por lo que el art. 10.5 CC seguirá ejerciendo la función de establecer la Ley aplicable al contrato, cuando se presente un conflicto de leyes de carácter interregional<sup>427</sup>. El juez español ya ha utilizado el Art. 10.5 CC para solucionar el conflicto de leyes de carácter interregional, tal como puede verse en la sentencia: AP Navarra (Sección 3ª), sentencia núm. 297/2001<sup>428</sup>.

.-Contratos concluidos antes de la entrada en vigor del CR. Las normas de conflicto internas también serán de aplicación para regular los contratos concluidos antes de la entrada en vigor del CR para cada Estado miembro. Esto es para el caso español, el 1 de septiembre de 1993<sup>429</sup>.

**145.** Como se deja entrever, las normas de conflicto internas han sido relegadas por el Reglamento Roma I, sin embargo, seguirán haciendo parte del sistema jurídico nacional para las situaciones anotadas, toda vez

---

<sup>425</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el ...*, p.67.

<sup>426</sup> Artículo 22.2 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE L 177* de 4 julio 2008, p. 6. "Un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales".

<sup>427</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 146.

<sup>428</sup> AP Navarra (Sección 3ª), sentencia núm. 297/2001 de 16 noviembre (AC 2001\2388).

<sup>429</sup> *Vid.* SAP, Zaragoza, de 8 de noviembre de 2006. (Crédito bancario asumido como garantía suscrito en la Habana, asunción de la deuda con carácter solidario por un nacional español, se aplica el derecho Cubano basado en el art 10.5 CC, pues el contrato fue concluido antes de la entrada en vigor del CR.

que no han sido derogadas expresamente por el CR ni por el Reglamento Roma I.

**d') La norma de conflicto en el Derecho interno de los países miembros de la Unión Europea.**

**a'') Puntos de conexión en las normas internas.**

**146.** Antes de la entrada en vigor del CR, las legislaciones internas de cada Estado miembro eran las encargadas de determinar la Ley material aplicable al contrato internacional. Sin embargo, la mayoría de los Estados miembros (nueve en ese momento) contaban con “normas consuetudinarias” o de “origen jurisprudencial”. Italia era el único país que contaba con disposiciones sobre Ley aplicable a los contratos internacionales expedidas por el legislador<sup>430</sup>. Hoy en día, muchos de los Estados miembros de la UE cuentan con normas jurídicas internas que regulan el tema de los contratos internacionales, aquí algunas de ellas.

**147.** El Derecho Austriaco cuenta con un DIPr. codificado en la Ley 15 de junio de 1978 sobre el Derecho internacional privado (IPRG, publicada en el Diario Oficial austriaco, BGBl. n° 304/1978). Para las obligaciones contractuales que no sean reguladas bajo el Reglamento Roma I y el CR, esta Ley establece que deberá acudir a lo establecido por las partes de forma expresa o concluyente. Si no se ha hecho uso de este Derecho, se deberá tener presente lo regulado en los artículos 46 a 49 de la Ley, sin embargo, estos artículos no traen una regulación específica para las obligaciones de carácter contractual, por lo tanto, y de acuerdo al Art. 1 de la Ley, se aplicará a los contratos internacionales la Ley que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica.

---

<sup>430</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p. 8.

En Alemania por su parte, la principal norma de DIPr. es la *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (EGBGB - Ley Introductoria del Código Civil), en particular sus artículos 3 a 46. Adicionalmente, también existen normas de conflicto en otras disposiciones jurídicas como la *Insolvenzordnung* (InsO - Ley Concursal) y la *Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz* (EGVVG - Ley Introductoria de los contratos de seguros), en donde los artículos 7 a 14 establecen normas de conflicto de leyes específicas para determinados contratos de seguros. Alemania fue uno de los países que incorporó el CR a su legislación interna mediante el artículo 27 y ss. de la EGBGB. Por lo tanto, las obligaciones de carácter contractual serán regidas en primer lugar por la Ley elegida por las partes (Artículo 27 de la EGBGB). En ausencia de elección el Art. 28 de la EGBGB establece que deberá aplicarse la Ley del país con el cual el contrato presente los vínculos más estrechos, y para determinarlo, utiliza la teoría de la prestación característica, la cual puede descartarse si otro país presenta unos lazos más estrechos con la relación jurídica.

En Italia, se debe acudir a la Ley nº 218, de 31 de mayo de 1995, que sustituyó los artículos 16 a 31 de las disposiciones sobre la Ley en general previstas en el Código civil<sup>431</sup>. Para regular los contratos internacionales esta norma remite directamente al CR, por lo que ahora debe entenderse su remisión al Reglamento Roma I<sup>432</sup>. Por lo tanto, para los casos no comprendidos por el Reglamento Roma I, la misma Ley remite a otros

---

<sup>431</sup> Sobre la Ley de DIPr. Italiana puede verse la obra: P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1998.

<sup>432</sup> Así lo dispone el Art. 57: "Las obligaciones contractuales, en todo caso, se rigen por la Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ratificada por la Ley nº. 975, del 18 de diciembre de 1984, sin perjuicio de lo previsto en otras convenciones internacionales en la medida en que sean aplicables".

Convenios internacionales de acuerdo a la materia regulada, pero en todo caso, se debe reconocer la autonomía conflictual de las partes<sup>433</sup>.

### **b”) Código Civil Español.**

**148.** El Derecho Internacional Privado ha recorrido distintas etapas respecto de la identificación de la Ley aplicable a los contratos internacionales. En cada una de ellas han utilizado puntos de conexión diversos, que corresponden al momento social, político y jurídico en que fueron establecidos. Una primera fase identificaba como punto de conexión el “lugar de celebración del contrato”( *Lex Loci Contractus*), y se justificaba por la soberanía que el Estado ostentaba dentro de su territorio, haciendo que su propia Ley regulara cualquier contrato celebrado dentro de él. Como el lugar de celebración de un contrato puede ser una circunstancia casual y accidental, que en muchos casos no tiene una gran vinculación con el negocio jurídico, la *Lex loci Contractus* entra en declive. Fue entonces cuando aparece la *lex voluntatis*, ROCHUS CURTIUS propuso que los contratos debían de ser regidos por la Ley del país de su conclusión, ya que ésta era Ley implícitamente acordada por las partes. Este mismo concepto fue seguido posteriormente por DUMOULIN, y ya en el siglo XIX lo recogió MANCINI y SAVIGNY. Este último consideraba que cuando las partes elegían el lugar donde se daría cumplimiento a las obligaciones del contrato, se estaban sometiendo a la Ley de ese Estado. La autonomía de la voluntad de las partes como primer punto de conexión para determinar la Ley del contrato fue mantenida en toda Europa durante el siglo XIX<sup>434</sup>.

---

<sup>433</sup> P. PICONE, "La riforma italiana del diritto internazionale privato", *Revista española de Derecho internacional*, vol. 48, nº 1, 1996, pp. 9-38.

<sup>434</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 614.

La aparición del Código Civil español en 1889 no trajo consigo una repuesta conflictual al problema de la determinación de la Ley aplicable al contrato internacional, por lo tanto, los jueces tuvieron que utilizar la autonomía conflictual de las partes para dar solución a los litigios<sup>435</sup>. Posteriormente, con la entrada en vigor del Art. 10.5 CC se establecieron los criterios jurídicos para establecer la Ley aplicable a los contratos internacionales, mediante tres conexiones que se excluyen entre sí. Las dos primeras son de tipo personal, en primer lugar la nacionalidad común de las partes y en su defecto la residencia habitual, siguiendo así con la línea personalista que presidió la reforma del código civil<sup>436</sup>. La tercera es una conexión de cierre, por lo tanto, a falta de las dos anteriores, el contrato quedará regido por la Ley del lugar de su celebración.

**149.** Ha sido muy criticado el hecho de establecer como prioritarios dos puntos de conexión personales, porque estas disposiciones jurídicas regulan relaciones meramente patrimoniales (contratos internacionales). Por otra parte, la doctrina manifiesta que el criterio de conexión “nacionalidad” parece poco operativo; primero porque en los contratos internacionales en muy pocas ocasiones las partes tendrán la misma nacionalidad, y segundo porque este criterio presenta poca relevancia dentro del contexto de los negocios jurídicos internacionales<sup>437</sup>. Es mucho más adecuado el criterio de la residencia habitual, ya que permite adecuar la conducta y actividad jurídica de los contratantes, al medio en el que habitualmente se desenvuelven. El problema, es que el Art. 10.5 restringe este punto de conexión, estableciendo que debe ser común a las dos partes contractuales.

---

<sup>435</sup> *Ibidem*, p. 614.

<sup>436</sup> E. PÉREZ VERA et al, *Derecho Internacional Privado*, vol. II. Madrid, Colex, 2001, p. 308.

<sup>437</sup> *Ibidem*, p. 309.

La noción de residencia habitual, que en principio fue creada para las personas físicas, no debe ofrecer ninguna dificultad respecto de las personas jurídicas, al tomar en consideración el centro efectivo de actividades<sup>438</sup>. Las conexiones personales han de entenderse de quien efectivamente es parte del contrato, y no de quien tiene alguna participación externa en el mismo (negociadores, abogados etc.). El momento en el que deben ser apreciadas las conexiones, será el momento mismo de la celebración del contrato.

**150.** La Ley del lugar de celebración del contrato, es la conexión de cierre que trae el Art. 10.5 CC, y debe utilizarse en ausencia de nacionalidad o residencia habitual común de las partes. En principio no debe plantear inconvenientes cuando el negocio jurídico se lleva a cabo entre presentes, la dificultad radica cuando el contrato se celebra por personas que están a grandes distancias –como es usual en la actualidad-, pues precisar el lugar de su celebración requiere una valoración más extensa.

---

<sup>438</sup>J. GONZÁLEZ CAMPOS et. al, *Derecho Internacional parte especial*, Madrid, Eurolex, 1993, p. 223.

## **TÍTULO II**

### **LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL EN DEFECTO DE ELECCIÓN EN EL REGLAMENTO ROMA I**





## CAPITULO I

# LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL EN DEFECTO DE ELECCIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

### I. CONSIDERACIONES INICIALES.

**151.** Un contrato internacional ideal en cuanto al DIPr. se refiere, es aquel que contempla una cláusula de elección de tribunal competente, y asimismo, incluye una cláusula de elección de Ley aplicable. En lo referente a la Ley aplicable al contrato internacional, es evidente que si las partes logran ponerse de acuerdo respecto de la Ley que gobernará su negocio jurídico, estarían dando un paso adelante en su propia seguridad jurídica contractual, puesto que no puede haber una Ley más previsible que aquella que es elegida por los contratantes. Por esta razón, la propia doctrina ha reconocido que el mejor juez de los intereses de las partes, son las partes mismas<sup>439</sup>.

**152.** Precisamente una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en el ámbito de las obligaciones contractuales, lo constituye el hecho de que la propia norma jurídica reconozca la libertad que

---

<sup>439</sup> D. MARTINY, "Traditional private and comercial law rules under the pressure of global transactions: The role for an international order", en R. P. APPELBAUM/ W. FELSTINER/V. GESSNER (ed.), *Rules and networks. The legal culture of global business transactions*, Hart publishing, Oxford, 2001, pp. 123-158, conocr. p.138.

tienen las partes de un contrato para elegir su Ley aplicable<sup>440</sup>. La autonomía conflictual se ha constituido en un principio rector de los contratos internacionales, reconocido en casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos, y ubicado en muchos instrumentos como el primer punto conexión para establecer la Ley aplicable a los contratos internacionales<sup>441</sup>. Esta facultad de elegir la Ley que gobierne el contrato “satisface una exigencia de seguridad jurídica y certeza de resultado” de manera prioritaria en el tráfico comercial internacional, representando para el contratante transnacional una enorme ventaja práctica, toda vez que puede ajustar su conducta comercial a un cuerpo jurídico previamente conocido, lo que otorga seguridad jurídica preventiva a la relación contractual<sup>442</sup>. Pueden a su vez, escoger una *lex contractus* adaptada a las particularidades del caso, permitiendo calcular las expectativas económicas y jurídicas de la relación comercial<sup>443</sup>. Por consiguiente, quien quiera evitar la incertidumbre que puede producir la aplicación de las normas sobre la Ley aplicable al contrato en defecto de elección, debe hacer uso de la facultad de elegir la Ley de su contrato, pues de lo contrario, las partes deberán asumir los riesgos de la aplicación de estas disposiciones<sup>444</sup>.

---

<sup>440</sup> Considerando nº 11 del Reglamento (CE) no 593/2008 del parlamento europeo y del consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

<sup>441</sup> Sobre la autonomía conflictual en los contratos internacionales, *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, "Autonomía conflictual y contratos internacionales...", pp. 425-475; J. HARRIS, "Contractual freedom in the ...", pp. 247-269; H. MUIR WATT, "Choice of law in integrated and interconnected...", pp. 383-409.

<sup>442</sup> *Vid.* J.GONZÁLEZ CAMPOS et. al, *DIPr parte especial*, Madrid, Eurolex, 1993, p. 203; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p.119.

<sup>443</sup> *Vid.* A.BOGGIANO, *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 40.

<sup>444</sup> L.F. CARRILLO POZO, " Ante la revisión del Art. 4 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", en L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ et. Al (org.), *Pacis Artes Obra homenaje al profesor Julio D.González Campos*, Tomo II, Editer Publicaciones, Madrid, 2005, pp. 1375-1394, concr. p. 1381.

**153.** El Reglamento Roma I consciente del enorme valor jurídico de un pacto de elección de Ley, ha establecido en su Art. 3, un muy amplio catálogo de posibilidades para que las partes de un contrato internacional acuerden la Ley que regirá su negocio jurídico. El Reglamento Roma I le otorga a la autonomía conflictual de las partes un extenso poder decisorio, ya que les permite elegir la Ley aplicable a la totalidad de su contrato, o a una porción del mismo, sin necesidad de una vinculación previa entre la Ley designada y el negocio jurídico<sup>445</sup>. De la misma forma, no les impone restricciones desde el punto de vista temporal, es decir, las partes podrán perfeccionar dicho acuerdo en cualquier momento, incluso después de la firma del contrato. Adicionalmente, les permite modificar una previa elección de Ley que puede estar basada en el propio Art. 3 o en otra disposición del Reglamento, e incluso el Art. 3 Reglamento Roma I les permite a las partes acordar que uno o varios Derechos nacionales no serán aplicados para resolver el conflicto jurídico<sup>446</sup>.

No obstante el amplio margen de maniobra que tienen los contratos para acordar la *lex contractus*, el Art. 3 Reglamento Roma I contempla una serie de restricciones a este Derecho subjetivo. La primera restricción, impone que el acuerdo debe “manifestarse expresamente”. Esto significa que dicho acuerdo deberá incluirse en el texto mismo del contrato, o en un documento anexo, pero siempre expresando la voluntad de las partes. Si no se incluye esta cláusula, el Reglamento Roma I estipula que debe deducirse inequívocamente, ya sea de los términos mismos del contrato, o de todas

---

<sup>445</sup> No obstante, esta libertad no abarca la posibilidad de elegir cuerpos jurídicos no estatales tales como los Principios de UNIDROIT o la Lex Mercatoria, sin embargo, estos podrían ser incluidos como cláusulas contractuales mediante una “incorporación por referencia”. H. MUIR WATT, “Party Autonomy” in international contracts: ..., pp. 250-283; J.M. ESPINAR VICENTE, Tratado elemental de Derecho internacional..., p. 675.

<sup>446</sup> D. MARTINY, “Bestimmung des Vertragsstatus...”, p. 66.

aquellas circunstancias que lo hayan rodeado. Adicionalmente, los artículos 3.3 y 3.4 Reglamento Roma I establecen más restricciones para efectuar la elección de la *lex contractus*; así, cuando todos los elementos de la relación “estén localizados en un país distinto de aquel cuya Ley se elige”, dicha elección no podrá impedir la aplicación de las leyes imperativas de ese país. Lo mismo sucede cuando los elementos de la situación jurídica estén ubicados en uno o más Estados miembros, si las partes eligen como Ley aplicable una Ley que no sea la de un Estado miembro, dicha elección se entenderá sin perjuicio de las normas imperativas del Derecho de la UE<sup>447</sup>.

En definitiva, el Reglamento Roma I concede todas las garantías para que un pacto de elección de Ley pueda ser perfeccionado por las partes del contrato. A pesar de esta circunstancia, hoy en día una gran cantidad de contratos internacionales no cuentan con un pacto de elección de Ley, lo que le impone al juez del litigio, acudir a las disposiciones sobre la Ley aplicable en ausencia de elección.

**154.** Las disposiciones sobre la Ley aplicable al contrato en ausencia de elección tienen un objetivo principal: determinar la Ley material nacional que regulará el contrato internacional, cuando las partes no han hecho uso de la facultad de elegir su propia Ley, o cuando a pesar de hacerlo, dicha elección es inválida.

---

<sup>447</sup> Sobre el tema de las normas imperativas puede verse, A. DICKINSON, "Third-country mandatory rules in the law applicable to contractual obligations...", pp. 53-88; M. HELLNER, "Third country overriding mandatory rules in the Rome I regulation: ...", pp. 447-470; H. MUIR WATT/ L. G. RADICATI DI BROZOLO, "Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World", *International Law FORUM du Droit International*, Mayo 2004, vol. 6, Issue 2, pp. 90-96. Sobre la aplicación de las normas imperativas del Derecho de la UE cuando las partes han pactado como ley aplicable la ley de un país no miembro puede verse: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de noviembre de 2000. - Ingmar GB Ltd contra Eaton Leonard Technologies Inc". "Es forzoso reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable".

Las normas sobre la Ley aplicable al contrato en ausencia de elección, deben contener unas características especiales para que su fin principal pueda ser cumplido sin inconvenientes<sup>448</sup>:

1. Deben operar *a priori*, es decir, su resultado debe ser tan previsible, que las partes al analizarlas puedan establecer previamente la Ley que regulará su contrato, pues como lo manifiesta VIRGOS SORIANO, estos preceptos deben ser “no solo normas de decisión sino de conducta”, de esta manera, las partes pueden adaptar su comportamiento anticipadamente a una legislación que puede ser identificada fácilmente<sup>449</sup>. Esta característica tiene una incidencia económica de gran importancia, puesto que una norma de conflicto con un alto grado de *previsibilidad* permitirá a las partes ahorrar costes conflictuales, ya que sabrán de antemano las disposiciones jurídicas que se les aplicará en un eventual proceso jurídico, es decir, actuarán bajo una Ley que no les es desconocida, y que por lo tanto, no los toma por sorpresa. Aunque en muchos de los casos la norma de conflicto designa como ley aplicable la ley de uno de los contratantes –representado para éste un ahorro en los costes conflictuales-, el hecho de que todas las partes del contrato, incluido aquel que debe litigar bajo una ley extranjera, puedan conocer *ex ante* la ley que regulará su relación jurídica, les representa enormes beneficios: a. En primer lugar, les permite valorar económicamente el negocio en su conjunto, incluyéndole los costes de información de la ley, ya sea su propia ley o una extranjera. b. Les permite, a su vez, adaptar su conducta comercial a esta ley, pues de antemano sabrán las disposiciones jurídicas que regularán su contrato. c. Incluso, el hecho de conocer

---

<sup>448</sup> M. VIRGOS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla...”, p. 5302.

<sup>449</sup> M. VIRGOS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA/ J. GONZÁLEZ/ S. MUÑOZ (dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753- 825, concr. p. 781.

previamente que una ley extranjera regulará su contrato, motivará a esta parte contractual, a que en el curso de las negociaciones se establezca de mutuo acuerdo la ley aplicable al contrato, promoviendo a que sea su propia ley o la ley de un tercer Estado. En suma, una ley previsible favorece enormemente a todas las partes del contrato.

2. En segundo lugar, las normas sobre la ley aplicable al contrato en ausencia de elección deben brindar criterios que permitan aplicar normas jurídicas con una “alta calidad” en materia de relaciones contractuales<sup>450</sup>.

3. Por último, dichas normas deben fundarse en un elemento del contrato, es decir, no puede basarse en una conexión accidental o casual, de esta manera evita sorprender a las partes del contrato.

**155.** En sintonía con lo anterior, el legislador de la UE ha enfocado todo su esfuerzo en garantizar que las normas sobre la ley aplicable al contrato en ausencia de elección de parte tengan un elevado nivel de previsibilidad, pues de esta manera, se contribuye con el objetivo propuesto en el propio Reglamento Roma I, que es la “seguridad jurídica en el espacio judicial europeo”<sup>451</sup>. Para lograr un elevado nivel de previsibilidad, el legislador de la UE ha instaurado un alto grado de rigidez en las disposiciones que determinan la ley aplicable en defecto de elección, pues ha considerado que, como la “clave” del Reglamento Roma I es la libertad de elección de la *lex contractus*, se hacía imperioso que las disposiciones

---

<sup>450</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la Stream-Of-Commerce”, en A.L CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-120.

<sup>451</sup> Considerando 16 del Reglamento Roma I: “Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación”.

aplicables en ausencia de dicha elección, sean justamente “precisas y previsibles”, pues de esta manera, se les permite a las partes tomar la decisión de elegir o no la ley de su contrato<sup>452</sup>.

**156.** La elección del punto de conexión para vincular el contrato internacional con la ley más idónea, ha sido desde la antigüedad una tarea difícil de ejecutar, pues la “localización conflictual” en esta área del Derecho resulta muy compleja, pues como lo expresa J. CARRASCOSA, las obligaciones generadas de un contrato internacional “no son tangibles, no tienen, necesariamente, un objetivo material”, ya que la obligación es una “creación jurídica incorporal”<sup>453</sup>. A través de los tiempos han existido diversos puntos de conexión para determinar la Ley aplicable a los contratos en defecto de elección de las partes. Algunos países se inclinaban por establecer disposiciones rígidas para determinar la Ley del contrato, donde unos siguieron la Ley del lugar de su celebración, mientras otros se decantaron por la Ley del lugar de su ejecución<sup>454</sup>. Por su parte y durante el siglo XIX, algunos países abandonaron la forma rígida de elegir la *lex contractus*, es el caso de Alemania, Inglaterra, Suiza, Francia, Escandinavia y Bélgica. Así pues, estos países prefirieron una aproximación más flexible a la Ley del contrato, basada en la intención de las partes<sup>455</sup>. En Bélgica y Francia el juez buscaba localizar el contrato en algún país, y se apoyaba

---

<sup>452</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15.12.2005 COM(2005) 650 final, 2005/0261 (COD), p.6.

<sup>453</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría...*, p.202.

<sup>454</sup> Una descripción más profunda puede verse en, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría...”, pp. 87-120; en el mismo sentido, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha por la prestación característica I: Los Contratos internacionales de Distribución”, en A.L. CALVO CARAVACA/ S. AREAL LUDEÑA (dir.), *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 349-370.

<sup>455</sup> O. LANDO, “The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations”, *Common Market Law Review*, nº 24, 1987, pp. 159-204, *concr.* p. 191.

para ello en cualquier indicio que se desprendiera del contrato mismo. La localización del contrato en un determinado país podía entenderse de forma subjetiva y de forma objetiva. La primera, se interpretaba como la voluntad presunta de las partes, si hubiese ejercido la potestad de elegir la *lex contractus*. Este *test* fue introducido en Francia en 1910 por la Corte de Casación, al sostener que “la Ley aplicable al contrato será la que las partes hubiesen adoptado”<sup>456</sup>. Por su parte la segunda, buscaba conectar el contrato con el país que “presenta los lazos más estrechos”<sup>457</sup>. Esta tesis fue sostenida en Francia a partir del año 1970 siguiendo la teoría de BATIFFOL, localizando el contrato de acuerdo a su centro de gravedad<sup>458</sup>. No obstante estas dos tendencias, la jurisprudencia y la doctrina de estos países se inclinaban más por la concepción objetiva de la localización del contrato<sup>459</sup>.

En Alemania antes de la introducción de la Ley del 25 de julio de 1986, se seguía la regla tradicional heredada de SAVIGNY, la cual buscaba para cada caso en particular, los indicios que permitieran establecer la voluntad “implícita o hipotética de las partes”. Si ésta no pudiese llegar a determinarse, la Ley aplicable al contrato se establecía por su lugar de ejecución<sup>460</sup>. En el Derecho inglés, irlandés y escocés, cuando las partes no habían elegido la Ley aplicable al contrato, se acudía a la Ley del país con el que el contrato tuviera “los lazos más estrechos y reales”, basándose para

---

<sup>456</sup> Cass.civ. 5 Dec. 1910 – S. 1911.1.129, *vid.* O. LANDO, “The EEC Convention on the law applicable to contractual...”, p. 192, en el mismo sentido “La loi applicable au contrat est celle que les parties ont adoptée; à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher d’après l’économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants” Cass. Civ., 6 juill. 1959 *Fourrures Renel*; *vid.* D. BUREAU/ H. MUIR WATT, *Droit international privé ...*, p. 307.

<sup>457</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...”, p. 17.

<sup>458</sup> Cass.civ. 5 Dec. 1910 – S. 1911.1.129, *vid.* O. LANDO, “The EEC Convention on the law applicable to contractual...”, p. 192.

<sup>459</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...”, p. 17.

<sup>460</sup> P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des...”, p. 291.



ello en la totalidad de las circunstancias propias de cada caso<sup>461</sup>. En Dinamarca desde el año 1930, las cortes aplicaron el “método del centro de gravedad”, así, un contrato debía ser gobernado por la Ley del país con el cual presentara los vínculos más estrechos, para esto, se tenía en consideración todas las circunstancias presentes en el caso concreto<sup>462</sup>.

El Derecho Italiano y el portugués utilizaban normas rígidas para establecer la Ley del contrato. En Italia, no se le otorgaba ningún valor a la voluntad presunta de las partes, sino que establecía puntos de conexión rígidos para determinar de forma directa la Ley del contrato<sup>463</sup>. Así, en ausencia de elección de las partes, se aplicaba la Ley nacional común de los contratantes, en caso de no tener la misma nacionalidad, se debía acudir a la Ley del lugar de celebración del contrato<sup>464</sup>. Por su parte Portugal, acudía a la residencia común de los contratantes, y en su ausencia, recurría a la Ley del lugar de celebración del contrato<sup>465</sup>.

**157.** En resumen, la Ley aplicable a los contratos internacionales en la UE antes de la entrada en vigor del CR, era en su gran mayoría determinada por puntos de conexión flexibles, los cuales, imponían una participación activa del juez de la causa en la búsqueda del vínculo más determinante del contrato con un país, basándose para ello, en la totalidad de elementos del contrato, y en las circunstancias propias del mismo<sup>466</sup>.

---

<sup>461</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p. 18.

<sup>462</sup> O. LANDO, "The EEC Convention on the law applicable to contractual...", p. 194.

<sup>463</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica I: Los Contratos...", pp. 349-370.

<sup>464</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p. 18.

<sup>465</sup> O. LANDO, "The EEC Convention on the law applicable to contractual ...", p.189.

<sup>466</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p.18.

## II. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO EN DEFECTO DE ELECCIÓN EN EL CONVENIO DE ROMA DE 1980.

### 1. La estructura del artículo 4 del Convenio de Roma.

**158.** En el DIPr. existen principalmente dos “fórmulas extremas” de regular el tema de los contratos internacionales en defecto de elección. La primera, busca identificar la Ley aplicable basada siempre en el caso concreto, mediante la inclusión de disposiciones generales que se concretan de acuerdo a las propias circunstancias del contrato; y la segunda, mediante el establecimiento de disposiciones rígidas, ágiles, y precisas para ciertos tipos de contratos, que pretenden alcanzar un alto grado de seguridad jurídica, certeza de resultado y economía procesal<sup>467</sup>. El CR introdujo una transformación en lo que a metodología jurídica se refiere, al incorporar en un mismo precepto dos metodologías que se consideraban “contradictorias”: la metodología flexible de origen anglosajón, y la metodología rígida de origen continental<sup>468</sup>. La primera, se veía reflejada en la determinación de la Ley que presentara los vínculos más estrechos con el contrato (Art. 4.1 CR), mientras que la segunda, se utilizaba en las presunciones de los artículos 4.2, 4.3 y 4.4 CR<sup>469</sup>.

**159.** La estructura del Art. 4 CR supuso una modificación del método de identificación de la Ley aplicable al contrato utilizado por las Cortes de los países miembros de acuerdo a sus normas internas. Así, los tribunales de

---

<sup>467</sup> M. VIRGOS SORIANO, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las...", p. 780.

<sup>468</sup> L.F. CARRILLO POZO, "Rigor Mortis. (La ley al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980)," en M. DI FILIPO, et. al. (coord.), *Hacia un Derecho Conflictual europeo: Realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 11-42, concr. p. 20.

<sup>469</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Ley aplicable al contrato internacional", en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed, Colex, Madrid, 2006, pp. 73-134, concr. p. 99.

España, Italia y Portugal, tuvieron algo más de libertad para establecer la *lex contractus* de lo que se establecían sus disposiciones internas. Para el Reino Unido, sin embargo, el Art. 4 CR impuso más limitaciones, puesto que los tribunales disfrutaban de una libertad “casi sin restricciones”. Lo mismo sucedió en Francia y Grecia donde la Convención redujo el margen de maniobra de los jueces. En el caso de Los Países Bajos y Alemania, la estructura del Art. 4 CR tan solo supuso cambios leves en la identificación de la Ley del contrato internacional<sup>470</sup>.

**160.** El CR incorporaba en su Art. 4 cinco puntos de conexión para determinar la Ley aplicable al contrato internacional en ausencia de elección, uno de carácter general y cuatro de carácter especial, de esta manera, se cubría jurídicamente el vacío que dejaba la carencia de una efectiva elección de Ley por los contratantes<sup>471</sup>. La doctrina ha calificado a la estructura del Art. 4 CR como una “combinación complicada de flexibilidad y previsibilidad”<sup>472</sup>. Esto se ha dicho porque el Art. 4 CR establecía un criterio flexible para la determinación de la *lex contractus* (vínculos más estrechos); aunque dicha flexibilidad, era “moderada” por unas presunciones que ayudaban a concretar la Ley más vinculada con el contrato, limitando –en principio- el poder discrecional del juez<sup>473</sup>.

---

<sup>470</sup> O. LANDO, *The EEC Convention on the law applicable to contractual ...*, concr. p. 199.

<sup>471</sup> C. PARRA RODRÍGUEZ, *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, J.M Bosh Editor, Barcelona, 2001, p. 320.

<sup>472</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, “The Rome I Regulation...”, p.1700.

<sup>473</sup> *Vid.* M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...”, p. 18. Para M.A. ANCEL, la estructura del Art. 4 CR es un claro ejemplo de las dificultades que se presentan a la hora de negociar una norma jurídica supranacional, pues se le da más importancia al hecho de alcanzar un cuerpo jurídico con un alto consenso, que a construir una disposición idónea para la regulación pretendida. Justamente esto fue lo que pasó en el Art. 4 CR, en aras de alcanzar un consenso entre las distintas corrientes nacionales, se aprobó una norma con un alto grado de complejidad que provocó una gran dificultad de aplicación. *Vid.* M.A. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002, p. 324.

**161.** Para corrientes jurídicas como la inglesa, la principal innovación del Art. 4 CR no radicaba en encontrar el principio de los vínculos más estrechos para establecer la Ley del contrato, puesto que este principio era “exacto” al utilizado por los tribunales ingleses, donde se debía buscar el sistema jurídico del país con el cual el contrato estuviese más estrechamente conectado, y para lograr dicho objetivo, se debía establecer el “centro de gravedad” del contrato o grupos de contratos, antes que descubrir la intención de las partes<sup>474</sup>. Por este motivo, los ingleses consideraban que el aspecto más relevante que traía el Art. 4 CR, lo constituía el hecho de que el Convenio hubiese recurrido a las presunciones para concretar el principio de los vínculos más estrechos<sup>475</sup>.

**162.** Este Art. 4 CR se fundamentaba en el principio de proximidad, pues pretendía que el contrato internacional quedara regulado por aquella Ley estatal que tuviese los lazos más cercanos con el mismo<sup>476</sup>. Es importante destacar, que la relación de proximidad debía establecerse entre el contrato internacional y un país<sup>477</sup>. En efecto, el principio de proximidad no

---

<sup>474</sup> En el *common law* el juez debía acudir a todas las conexiones del contrato: lugar de conclusión del contrato, lugar donde se lleva a cabo la prestación, el lenguaje del contrato, la moneda, la ley personal de las partes, y todas las circunstancias que rodean el contrato. Vid. J. O'BRIEN, *Conflict of Law*, 2ª ed., Cavendish Publishing Limited, London, 1999, p. 339. Este aspecto puede verse claramente reflejado en las sentencias previas a la entrada en vigor del CR: *Compagnie d'Armement Maritime SA v. Compagnie Tunisienne de Navigation SA* [1971] A.C. 572, 587, “The parties may agree, either in express terms or in terms which can be inferred, to submit themselves to a particular system of law. If they have not done this, then governing law will be that by reference to which the contract was made or that with which the transaction has its closest and most real connection”. Vid. P. ROSS WILLIAMS, “The EEC Convention on the Law Applicable ...”, p. 13.

<sup>475</sup> R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law ...*, p. 168.

<sup>476</sup> Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del convenio de roma de 1980”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1995, pp. 1-7, versión *on line*; R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law...*, p. 167.

<sup>477</sup> “...the applicable law is that of the country, not that of the legal system, having the closest connection with the contract”. Vid. R. PLENDER, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the choice of law for contracts*, 2ª ed, Sweet & Maxwell, London, 2001,

necesariamente atendía a la cercanía del contrato con la legislación de un país determinado, sino se refería a los lazos que lo unían con todo un país, pues era un “vínculo territorial y no jurídico”<sup>478</sup>. No obstante lo anterior, algunos autores hubiesen preferido que el CR determinase la vinculación del contrato con un sistema jurídico y no con un país, pues consideraban que con esta posibilidad se enfatizarían puntos de conexión tales como la forma del contrato, la terminología legal, las cláusulas de jurisdicción, entre otras, que tienen un valor real y son indicativos de una implícita elección. Por su parte, consideraban que si el vínculo jurídico tenía que entenderse entre un contrato y un país, se estarían enfatizando puntos de conexión como el lugar de la firma del contrato, o el lugar de cumplimiento del contrato, los cuales, muchas veces son accidentales<sup>479</sup>. Algunos tribunales siguieron esta postura, y establecieron la conexión del contrato con un determinado sistema jurídico. Esta situación puede verse en, *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co*<sup>480</sup>.

**163.** Los puntos de conexión del Art. 4 CR operaban de forma excluyente y se dividían en tres bloques perfectamente identificables: el primero designaba la norma base de la disposición que fungía como “guía general” del precepto<sup>481</sup>. Dicha disposición establecía que el contrato se

---

parr. 6-03; en el mismo sentido *vid.* P. KAYE, *The new private international law of contract of the european community*, London, Dartmouth, 1993, p. 172.

<sup>478</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, " El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las...", p. 87; en el mismo sentido *vid.* A. BRIGGS, *The Conflict of law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 163.

<sup>479</sup> "...it would have been preferable for the Convention to have referred to connection with a system of law rather than connection with a country". P. ROSS WILLIAMS, "The EEC Convention on the Law Applicable ...", p. 14; en el mismo sentido, L. COLLINS (ed), *Dicey and Morris on the conflict of laws...*, p. 1235.

<sup>480</sup> *Amin Rasheed Shipping Corp v Kuwait Insurance Co (The Al Wahab)* House of Lords, 07 July 1983.

<sup>481</sup> T. RAUSCHER, *Europäisches zivilprozess- und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR: kommentar : Rom I-VO, Rom II-VO*, Sellier, München, 2011, p. 194.

regiría por la Ley del país con el que el negocio jurídico presentase los vínculos más estrechos (Art. 4.1 CR)<sup>482</sup>. La redacción de este precepto correspondía a las soluciones mantenidas por las jurisprudencias de varios de los países contratantes como Francia y el Reino Unido, donde el juez podía “localizar objetivamente” el contrato “a partir de los diferentes índices” presentes en el contrato<sup>483</sup>. La amplitud de este criterio permitía entender que dichos vínculos podían presentarse desde el momento mismo de la conclusión del contrato, así como con posterioridad a él<sup>484</sup>. Es por eso, que el juez podía establecer la Ley más vinculada al contrato, acudiendo a todos los elementos del mismo, incluso si estos eran posteriores a su celebración<sup>485</sup>.

**164.** El segundo grupo lo conformaban los apartados 2,3 y 4 del Art 4 CR, donde se establecían una serie de presunciones para determinar la Ley más vinculada con el contrato. Estas presunciones tenían como objetivo encontrar el “equilibrio deseable entre seguridad jurídica por un lado, y justicia del resultado y adaptabilidad a las circunstancias del caso concreto, por otro”<sup>486</sup>. En otras palabras, las presunciones buscaban que la Ley aplicable al contrato tuviese un alto grado de previsibilidad, y de la misma forma, que la Ley designada, fuese la más idónea para regular el contrato. El

---

<sup>482</sup> Esta fórmula en sí misma era considerada por muchos autores como “deliberadamente vaga” obligando al juez a ubicar el centro de gravedad del contrato en cada concreto caso, situación que provoca inseguridad jurídica. *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco...", p. 519, en el mismo sentido, *vid.* G. CORDERO MOSS, "Performance of obligation as de Basis of jurisdiction and choice of law (Lugano and Brussels Conventions Article 5.1 and Rome Convention Article 4)", *Nordic Journal of International Law*, vol. 68, Issue 4 (1999), pp. 379-396, *concr.* p. 385.

<sup>483</sup> P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des...", p. 304.

<sup>484</sup> G. PALAO MORENO, et al., *Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 149.

<sup>485</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p. 18.

<sup>486</sup> A. MARIN LÓPEZ, et al., *Derecho Internacional Privado Español*, vol II, 7ª ed., Granada, Granada, 1991, p. 341.

apartado 2 del Art. 4 CR era una disposición general que estaba “destinada a aplicarse en todo el campo del Derecho contractual”, y presumía que el contrato tenía los vínculos más estrechos con el país de la residencia habitual de la parte que debía realizar la prestación característica del contrato<sup>487</sup>. Es importante resaltar que la norma se centraba, no en el lugar donde se llevaba a cabo la prestación característica del contrato, sino en el lugar de la residencia habitual de la parte que llevaba a cabo dicha prestación<sup>488</sup>. Este punto de conexión no era un capricho del legislador, sino una política sólida que pretendía vincular al contrato con un país que era considerado el más cercano a la relación jurídica, y por lo tanto, su Ley era la más idónea para regular el litigio. Por eso no se entiende por qué muchas sentencias obviaron la aplicación de las presunciones, reemplazando el punto de conexión residencia habitual del prestador característico, en favor del lugar donde la prestación característica era llevada a cabo. Tal y como puede verse en las sentencias, *Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd*; *Kenburn Waste Management Ltd v Bergmann*<sup>489</sup>.

**165.** Los redactores del CR le impusieron al Art. 4.2 una función especial: concretar el concepto demasiado amplio de los “vínculos más estrechos”<sup>490</sup>. De esta manera, se dejaba atrás la difícil tarea de determinar el lugar donde se había celebrado el contrato, o el lugar o los lugares de

---

<sup>487</sup> England and Wales Court of Appeal Civil Division, 27 April 2005, *PT Pan Indonesia Ltd Tbk v. Marconi Communications, 1nl. Ltd*, *vid.* A. MOURRE/Y. LAHLOU, “Chronicle of private international law applied to business”, *De Droit des affaires internationales*, nº 2, 2006, p. 242.

<sup>488</sup> A. BRIGGS, *The Conflict of law...*, p. 164.

<sup>489</sup> *Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd* Court of Appeal (Civil Division) 21 December 2001, [2001] EWCA Civ 2019; *Kenburn Waste Management Ltd v Bergmann* Court of Appeal (Civil Division) 30 January 2002 [2002] EWCA Civ 98.

<sup>490</sup> Tal como lo expone PAUL LAGARDE “La convention a cherché à concrétiser la notion trop vague de liens les plus étroits”, P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des...”, p. 307.

ejecución del mismo<sup>491</sup>. Por ello, se acudió a la teoría de la prestación característica, pues con ella se lograba identificar la Ley mayormente vinculada con el contrato, toda vez que dicha teoría, evitaba tener en cuenta elementos que no tenían relación directa con la “esencia” del contrato a la hora de establecer la *lex contractus*<sup>492</sup>. Adicionalmente, el hecho de escogerse que la Ley aplicable al contrato fuese la Ley del lugar de la residencia, de la administración central, o del establecimiento del proveedor de la prestación característica, tenía la ventaja de ser la Ley, que la parte que llevaba a cabo la prestación característica conocía más fácilmente, sin tener que sortear las dificultades lingüísticas, y en suma, era el ordenamiento jurídico que dicha parte podía legítimamente esperar que se aplicase<sup>493</sup>.

**166.** El apartado 3 del Art 4 CR traía una presunción especial para los contratos que tuviesen por objeto un Derecho real inmobiliario o un Derecho de utilización de inmueble<sup>494</sup>. Dicha presunción establecía que esta clase de contratos tenía los lazos más estrechos con el país de ubicación del inmueble, y por lo tanto, dicha Ley debía regular el contrato<sup>495</sup>.

---

<sup>491</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p. 19.

<sup>492</sup> *Ibidem*, p.19.

<sup>493</sup> Conclusiones del abogado general Sr. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

<sup>494</sup> Puede verse la sentencia SAP, Almería, de 1 de julio de 2002 JUR\2002\226988, donde se aplica la ley española por ser la del lugar de ubicación del bien inmueble; de la misma forma puede verse una sentencia francesa: Schwartzkopf Henkel Production Europe v. Soprema CA Colmar, 16 March 2006, *vid.* Y. LAHLOU / M. MATOUSEKOVA, "Chronicle of private international law applied to business", *De Droit des affaires internationales*, nº 2, Marzo 2007, version *online*.

<sup>495</sup> Es importante destacar –tal como lo hace el Informe GIULIANO/LAGARDE - que la categoría de contratos que señalaba el apartado tercero del Art. 4 CR, esto es “contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario”, no abarcaba aquellos contratos donde su objeto fuese la “construcción o reparación” del inmueble. *Vid.* M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p. 20.



La inclusión de los contratos de transporte de mercancías dentro del ámbito de aplicación del CR, suscitó un amplio debate dentro de las comisiones redactoras del Convenio. Debido a las características propias de éste contrato, decidieron crearle una presunción especial en el apartado cuarto del Art. 4 CR<sup>496</sup>. Esta presunción señalaba que “si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato fuere también aquel en que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor”, el CR presumía que éste país presentaba los vínculos más estrechos con el contrato<sup>497</sup>.

**167.** El tercer grupo lo constituían las excepciones a la regla general de los Art. 4.2, 4.3 y 4.4 CR. Con carácter excepcional si una parte era separable del contrato y presentaba vínculos más estrechos con otro país, sería la Ley de ese país la que regularía dicha porción del contrato. El párrafo 5 exponía que si no era posible determinar la prestación característica del contrato, lo establecido en el párrafo 2 no podía ser de aplicación. En este caso, debería acudir al apartado 1 del Art 4 CR, es decir, regularía el contrato la Ley del país que presentase los vínculos más estrechos. Por último, tampoco se aplicaba la regla general cuando las circunstancias del caso demostraban que el contrato tenía vínculos más estrechos con otro país, y por lo tanto, la Ley de ese país regularía el contrato.

**168.** Estos puntos de conexión del Art 4 CR fueron en su momento una revolución en cuanto a la forma de establecer la Ley aplicable al

---

<sup>496</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable ...", p. 20

<sup>497</sup> Artículo 4.4 Convenio de Roma de 1980. Sobre este aspecto puede verse, P. KAYE, *The new Private International Law...*, pp.191-192.

contrato en defecto de elección, sin embargo, fue sin duda el artículo del CR que más problemas presentó en su aplicación judicial. Por tal motivo, conviene detenerse en algunos de los principales obstáculos que presentó esta disposición, ya que con este acercamiento, se podrá más adelante apreciar si los cambios incorporados al Art. 4 Reglamento Roma I, pueden realmente solucionar los inconvenientes que presentó la aplicación del Art. 4 CR.

## 2. Principales problemas del artículo 4 del Convenio de Roma.

**169.** La aplicación judicial del Art. 4 CR ha puesto en evidencia la existencia de múltiples problemas en el uso del precepto. Dichos inconvenientes se fueron agravando con el paso de los años, en especial, al no poder ser encausados por una decisión del TJUE<sup>498</sup>. Los principales problemas e incertidumbres se presentaron en los siguientes aspectos:

### A) Las presunciones.

**170.** La naturaleza, función y la jerarquía de las presunciones del Art. 4 CR, no fueron interpretadas uniformemente por los tribunales, ni incluso por la numerosa doctrina jurídica<sup>499</sup>. Por esta razón, el Art. 4 CR

---

<sup>498</sup> Ministry of Justice: Guidance on the law applicable to contractual obligations (Rome I): Outline of the main provisions (February 2010) p. 4, version *online*.

<sup>499</sup> *Vid*, P. LAGARDE/ A. TENENBAUM, "De la convention de Rome au règlement...", p.740. Sin embargo, algunos autores consideraban que el problema no radicaba en la propia presunción sino en la forma que estaban articulados los distintos párrafos. *Vid*. L.F. CARRILLO POZO, "Rigor Mortis (La ley al contrato a falta de elección en los trabajos...", *concr.* p. 24; o como lo expresa N. BOSCHIERO el problema del Art. 4 no recaía sobre la presunción en sí misma, sino en la relación de ésta con la cláusula de escape. "Il problema dell'art. 4 non riguarda, infatti, tanto la presunzione in sé per sé, quanto piuttosto il delicato e non del tutto chiaro rapporto che la norma stabilisce tra le varie presunzioni che oggettivizzano il criterio del collegamento più stretto e la c.d clausola di eccezione ("escape clause") prevista nell'ultimo paragrafo della norma, che consente al giudice di ritornare al criterio di collegamento principale." N. BOSCHIERO, "Verso il rinnovamento e la trasformazione della...", p. 415.

produjo una gran cantidad de posturas sobre el sentido real de la disposición, especialmente en la incierta interacción de las presunciones con la cláusula de escape del Art. 4.5 CR<sup>500</sup>. El enfoque jurídico dado al Art 4 CR por los operadores jurídicos se fragmentaba principalmente en dos vertientes de acuerdo al mayor o menor énfasis otorgado a las presunciones. Si por un lado se acentuaba la presunción poniéndola en el mismo grado de igualdad que el apartado 1, se estaría considerando a la presunción como “rígida”. Si por el contrario, se entendía que el papel que cumplía el apartado 2 del Art 4 era el de una simple presunción, se estaba reconociendo una concepción flexible de ésta<sup>501</sup>. Pues bien, esta heterogénea interpretación del rol que cumplían las presunciones al interior del Art. 4 CR, produjo que la ley aplicable al contrato en ausencia de elección perdiera previsibilidad, pues la designación de una u otra ley, dependía directamente de la postura acogida por el tribunal, lo que producía incerteza a los contratantes.

## **B) La teoría de la prestación característica.**

**171.** La teoría de la prestación característica fue una de las principales innovaciones del CR, y pretendía otorgar un cierto grado de rigidez en la designación de la ley del contrato. No obstante, fue objeto de numerosas críticas por parte la doctrina jurídica, las principales fueron las siguientes: a. Se consideraba que era discriminatoria, puesto que se favorecía a la parte con más poder dentro del contrato, pues parecía que con la teoría de la prestación característica siempre ganaban las grandes empresas<sup>502</sup>. b. Subvaloraba la prestación dineraria que debía cumplir una

---

<sup>500</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, *The Rome I Proposal*, *Journal of private international law*, April 2007, pp. 29-51, conc. p. 36.

<sup>501</sup> L. F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación ...*, p. 74.

<sup>502</sup> D. MARTINY, “The applicable law to contracts in the absence of choice (Art. 4 Rome Convention)-Old Problems and new dilemmas”, en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Estudios sobre contratación Internacional*, Colex, 2006, Madrid, pp. 11-26, concr. p.15.

de las partes del contrato. c. La prestación característica de un contrato no era siempre la expresión de la Ley más vinculada con el negocio jurídico. d. La crítica más recurrente, era que la teoría de la prestación característica presentaba una enorme dificultad para descubrirla en algunos contratos internacionales, como en aquellos donde las partes se comprometían a prestaciones del mismo tipo, igualmente en los denominados contratos complejos (*joint venture*)<sup>503</sup>. Incluso en contratos donde existía un intercambio de dinero por un bien o servicio (contratos de publicidad)<sup>504</sup>. De acuerdo a lo anterior, se criticaba el hecho de que la teoría de la prestación característica solo funcionaba para determinar la Ley aplicable a contratos donde existía un intercambio de bienes o servicios por dinero, por tal motivo, era de escasa aplicación en el modelo de comercio internacional, puesto que muchos de los contratos internacionales no cumplían con este esquema simple de intercambio de bienes o servicios por dinero<sup>505</sup>.

No obstante las numerosas críticas, se consideraba que eran dos las únicas que lograban incidir fuertemente en el funcionamiento del Art. 4.2.CR. En primer lugar, en algunas circunstancias la Ley de la sede del prestador característico no presentaba vínculos de importancia con el contrato, y la segunda, la constituía el hecho de que en muchos contratos era difícil o

---

<sup>503</sup> Estos contratos presentaron especial dificultad para determinar la parte que llevaba a cabo la prestación característica en el CR, pues como lo expone J. RODRÍGUEZ, son acuerdos de colaboración donde normalmente las partes se comprometen a realizar obligaciones recíprocas, y como existe un equilibrio entre las partes, en muchos casos no puede identificarse un prestador característico. Por lo tanto, la identificación de la ley aplicable a este contrato debía hacerse por medio de la cláusula de cierre. Sin embargo, existían situaciones puntuales donde podía establecerse un prestador característico, por ejemplo cuando una de las partes solo se comprometía al pago de una suma de dinero y la otra era la que aportaba la transferencia tecnológica. *Vid.* J. RODRÍGUEZ RODRIGO, "Contratos internacionales de asociación y colaboración", en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, 2ª ed, Colex, Madrid, 2006, pp. 505-530, concr. pp.514-515.

<sup>504</sup> C.M.V. LARSON/ J. HILL, *The conflict of laws*, 3ª ed, Oxford University press, Oxford, 2006, p. 187.

<sup>505</sup> R. PLENDER, *The European Contracts Convention. The Rome Convention...*, parr. 6.10.

imposible establecer cuál de las partes llevaba a cabo la prestación característica<sup>506</sup>.

En todo caso, el problema más grave que enfrentó la teoría de la prestación característica, fue la ausencia de una interpretación uniforme respecto de cuál era la prestación característica en determinados contratos. Lo anterior, generó inseguridad jurídica en el intercambio comercial internacional, puesto que dependiendo del tribunal que conociera del litigio, la prestación característica la llevaba a cabo uno u otro contratante<sup>507</sup>.

### **C) La cláusula de escape.**

**172.** La cláusula de escape contenida en el Art. 4.5 CR presentó principalmente dos problemas<sup>508</sup>: el primero de ellos, era el uso de forma generalizada y excesiva del precepto por parte de los jueces de los Estados parte. Los operadores jurídicos no atendieron al carácter excepcional de la disposición, sino que la utilizaron de forma extendida para determinar la Ley aplicable al contrato. El segundo problema, lo constituyó el hecho de que la cláusula de escape fue utilizada en muchos casos como primer y único criterio de conexión con el contrato, pasando por alto las presunciones del

---

<sup>506</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales...", pp. 1-7, versión *on line*.

<sup>507</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p.172; En el mismo sentido, *vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Applicable law in the absence of choice to contracts...", p. 202.

<sup>508</sup> Sobre los problemas presentados con la cláusula de escape en el CR puede verse, J. L. NEELS, "Revision of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980): Perspectives from international commercial and financial law", *Journal of South African Law*, vol. 2006, Issue 1 (2006), pp. 121-134.

Art. 4 CR. En otras palabras, la cláusula de escape desplazó las normas generales de designación de la Ley aplicable al contrato<sup>509</sup>.

#### **D) Ausencia de previsibilidad de la norma de conflicto.**

**173.** La suma de los anteriores problemas presentados en el Art. 4 CR, desembocó en el inconveniente más relevante del precepto: la ausencia de previsibilidad de la norma de conflicto. En efecto, la ley designada mediante el Art. 4 CR no podía ser conocida previamente por los contratantes con un alto grado de certeza, ya que los criterios interpretativos del precepto no fueron uniformes, y dependía, en todo caso, de la posición jurídica del tribunal. Lo anterior tenía una incidencia directa y negativa en el contratante internacional, puesto que no podía encausar su comportamiento comercial a una ley previamente conocida, ya fuese su propia ley o una ley extranjera, tampoco podía valorar económicamente los riesgos de litigar a nivel internacional, pues no es lo mismo invertir en información del contenido de su propia ley, que de una ley extranjera, y en definitiva, porque estas incertidumbres desestimulaban a que un contratante se enfrentase al reto de comerciar en el exterior.

**174.** La existencia de estos graves inconvenientes en la aplicación del Art. 4 CR, motivó a que con ocasión de la transformación del Convenio en un Reglamento de la UE, se aprovechara para incluir modificaciones a la forma de establecer la Ley aplicable en defecto de elección. Esto provocó un amplio debate doctrinal, entre los que consideraban que era necesario un cambio radical de la disposición, *versus*, quienes mantenían una posición más conservadora, que incluía unos pequeños pero importantes ajustes a la norma.

---

<sup>509</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco...", p. 523.

### III. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO EN AUSENCIA DE ELECCIÓN EN EL REGLAMENTO ROMA I.

#### 1. Aspectos introductorios.

**175.** Bajo el régimen del Reglamento Roma I, el principal principio del Derecho internacional de los contratos continúa siendo la libertad de elección de Ley por los contratantes<sup>510</sup>. En este sentido, el Reglamento Roma I continúa la línea garantista del CR, otorgando a las partes del contrato una amplitud de posibilidades para hacer efectivo dicho Derecho. Solo en ausencia de tal elección, o cuando ésta no se ha hecho en debida forma de acuerdo al Art. 3 Reglamento Roma I, entran a operar todas las disposiciones que el Reglamento Roma I ha destinado para establecer de manera subsidiaria la *lex contractus*. Por tanto, el contratante internacional dentro del transcurso de las negociaciones – o incluso con posterioridad- debe tomar la decisión de establecer un pacto de elección de Ley, o dejar que en un eventual proceso jurídico sea el juez de caso, quien basado en las disposiciones que el Reglamento Roma I ha destinado para tal efecto, determine cuál Ley nacional regirá el destino de su contrato. Por esta razón, se hace necesario que las disposiciones que determinan la Ley aplicable a falta de elección sean muy precisas, pero por sobre todo, que tengan un alto grado de previsibilidad, pues esto ayudará en gran medida a tomar la decisión de elegir o no la Ley aplicable al negocio jurídico internacional<sup>511</sup>.

**176.** El principio de proximidad que gobernaba el Art. 4 CR y que también está presente –aunque en menor medida- en el Art. 4 Reglamento

---

<sup>510</sup> Vid. M.M. SIEMS /L. HERZOG /E. ROSENHAGER, "The protection of creditors of a European private company (SPE)", *European Business Organization Law Review*, , nº 12(1), 2011, pp. 147-172, *versión online*; M. BOGDAN, "Contracts in cyberspace and the new ...", p. 221.

<sup>511</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15.12.2005 COM(2005) 650 final, 2005/0261 (COD) p. 6.

Roma I, pretende que el contrato internacional sea regulado por la Ley del país con el que el negocio jurídico esté más estrechamente conectado. Este principio presentó muchos problemas en la determinación de la *lex contractus* en el CR, pero no por la esencia misma del principio, sino por la ausencia de criterios específicos en cuanto a su aplicación<sup>512</sup>. Precisamente como una reacción a esta insatisfactoria circunstancia, es que el legislador de la UE ha enfocado todo su esfuerzo en garantizar que las normas de conflicto en el ámbito de la Unión cuenten con un alto grado de previsibilidad. Para ello, el legislador se propuso encontrar un equilibrio entre el principio de proximidad y la seguridad jurídica<sup>513</sup>. Justamente para lograr este objetivo, el Reglamento ha introducido grandes reformas al Art. 4 CR, enfocadas principalmente potenciar la previsibilidad del Derecho y en reducir el poder discrecional del juez, para que su libertad de actuación sea limitada, y bajo unos requisitos precisos.

## 2. Supuestos de aplicación del artículo 4 del Reglamento Roma I.

177. La aplicación del Art. 4 Reglamento Roma I requiere definir previamente varios aspectos de importancia, pues su implementación se encuentra fuertemente restringida, ya que no es una norma de aplicación directa. Por este motivo, es determinante antes de entrar en el análisis de la estructura y aplicación del Art. 4 Reglamento Roma I, resaltar el carácter subsidiario del precepto, muy especialmente por el amplio poder que el Reglamento ha otorgado a las partes del contrato para elegir su Ley aplicable mediante el Art 3. Y es que el propio Art. 4 lo destaca al disponer que solo a “falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3...” deberá acudir a las disposiciones contenidas en el Art. 4. Reglamento Roma I. Esta circunstancia motiva a que deban ser resaltados a

---

<sup>512</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, " Applicable law in the absence of choice to contracts ...", p. 201.

<sup>513</sup> *Ibidem*, p. 201.



continuación, cuáles son esos eventos precisos en los que deben operar las disposiciones contenidas bajo el Art 4 Reglamento Roma I.

### **A) Ausencia de elección de la Ley del contrato.**

**178.** La elección de la Ley aplicable al contrato por el consenso entre las partes, es una posibilidad que contribuiría claramente a la previsibilidad del Derecho aplicable al contrato internacional, lo que redundaría en la seguridad jurídica contractual. No obstante lo anterior, motivos de distinta índole producen que los contratos internacionales no incluyan una cláusula de elección de Ley. Los principales son los siguientes:

a. A pesar del intento de elegir la Ley aplicable a su contrato por mutuo consentimiento, los contratantes no pudieron ponerse de acuerdo en la Ley del país que regulará su vínculo internacional, por lo que el contrato se firma sin la cláusula de elección de Ley con el fin de no entorpecer la negociación comercial. Esta ausencia de acuerdo se produce comúnmente cuando cada parte insiste en aplicar su propia Ley al contrato internacional<sup>514</sup>. En efecto, cada contratante pretende que su Ley nacional se aplique para solucionar los conflictos que se presenten en el contrato internacional, principalmente porque se disminuyen los costes de la operación (evita contratar una asesoría jurídica internacional), y porque permite adaptar el comportamiento contractual a una Ley que ya conoce.

b. Las partes no consideran necesario establecer una Ley aplicable a su contrato internacional, pues erróneamente tienen la certeza de que del negocio jurídico no se derivará ningún conflicto. Esta situación que no es

---

<sup>514</sup> U. MAGNUS, "Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice", en F. FERRARI/S. LEIBLE, *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 27-50, concr. p.27.

poco frecuente en el comercio internacional, se da porque las partes utilizan todo su empeño en negociar las cláusulas comerciales del contrato, dejando a un lado cuestiones que consideran accesorias, como la elección de Ley o la elección del tribunal competente. Esta ausencia de elección de Ley, se presenta principalmente en contratos “orales e instantáneos”, donde la agilidad propia del negocio impide negociar y dejar constancia del acuerdo<sup>515</sup>.

c. También es posible que no se pacte la Ley aplicable cuando las partes tienen conocimiento de cuál Ley regulará el destino de su contrato, de acuerdo a lo que establecen las disposiciones sobre Ley aplicable en ausencia de elección. Esto se da cuando la norma de conflicto cumple con una de sus principales características, la previsibilidad, lo que le permite de una manera sencilla, ser previamente conocida por los contratantes internacionales<sup>516</sup>.

d. Puede suceder también que la ausencia de una cláusula de elección de Ley se deba a razones de olvido o descuido por parte de los contratantes, o una inadecuada asesoría jurídica<sup>517</sup>.

## **B) Elección parcial de la ley del contrato.**

**179.** Esta circunstancia se presenta cuando los contratantes realizan un acuerdo de elección de Ley solo para una parte del contrato. Esta situación perfectamente posible en el Reglamento Roma I, implica que deba acudir al Art. 4 Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable a la

---

<sup>515</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p.175.

<sup>516</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las...", p. 87.

<sup>517</sup> D. MARTINY, "The applicable law to contracts in the absence of choice (Art. 4 Rome Convention...", p. 13.

porción del contrato que ha quedado sin designación de Ley<sup>518</sup>. Una sentencia italiana nos permite entender este punto. Se trataba de un contrato de concesión entre una empresa italiana (proveedor) y una empresa alemana (concesionario), el contrato contenía una cláusula de sumisión a la Ley austriaca específicamente para unos productos garantizados. El tribunal analiza que esa cláusula no puede ser extendida a otras obligaciones contractuales (las discutidas judicialmente), por tal motivo, impone que para determinar la Ley aplicable a estas obligaciones debe acudirse a las normas generales del CR Art. 4.2<sup>519</sup>.

Como se puede apreciar, el CR y ahora el Reglamento Roma I acuden, por medio de su Art. 4, a suplir la ausencia de elección de Ley a la parte del contrato que ha quedado sin estipulación. Esto es así, porque el Reglamento Roma I no le permite al juez extender la designación de Ley a cláusulas contractuales no cubiertas por la autonomía conflictual de las partes, debiendo en todo caso acudir, al Art. 4 Reglamento Roma I.

### **C) Elección anómala de la ley del contrato.**

**180.** Se debe recurrir al Art. 4 Reglamento Roma I cuando a pesar de que las partes del contrato en uso de su autonomía conflictual eligen la Ley aplicable, dicha elección es inválida de acuerdo a lo estipulado en el artículo 3 Reglamento Roma I. Lo anterior puede suceder por muchas circunstancias, por ejemplo cuando los contratantes eligen como Ley aplicable a su contrato cuerpos jurídicos no estatales (*lex mercatoria*), o excluyen mediante una cláusula la aplicación de todo Derecho nacional para regular la futura controversia. Como estas cláusulas carecen de todo valor

---

<sup>518</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 111.

<sup>519</sup> Corte di Cassazione (s.u), June 11 2001, Kogler v. Eurogames; *vid.* A. MOURRE/ Y. AHOU, "Chronicle of Private International Law applied to business", *De Droit des affaires internationales*, nº 4, 2003, version *online*.

jurídico, el juez deberá acudir a las disposiciones sobre la Ley aplicable al contrato en ausencia de elección.

En suma, solo cuando se presente alguna de las anteriores circunstancias el juez deberá acudir obligatoriamente al Art. 4 Reglamento Roma I para identificar la ley del contrato, esto deja claro el carácter subsidiario del precepto<sup>520</sup>.

### **3. Creación del artículo 4 Reglamento Roma I.**

#### **A) Libro Verde sobre Transformación del Convenio de Roma en instrumento de la Unión Europea.**

**181.** Ya se han mencionado las numerosas deficiencias presentadas en la aplicación del Art. 4 CR. Por esta razón, se propuso a la comunidad jurídica analizar si era necesario introducir modificaciones al precepto, con ocasión de la transformación del CR en un Reglamento de la UE. Para esto, el Libro Verde se ocupó directamente del tema y planteó a la comunidad jurídica y partes interesadas la siguiente pregunta: “En su opinión, ¿conviene precisar la redacción del artículo 4 para obligar al juez a aplicar en primer lugar la presunción del apartado 2, de modo que solo descarte la Ley así obtenida si es manifiestamente inadecuada para regir el caso particular? En caso afirmativo, ¿qué redacción le parece la más adecuada?”

**182.** Varios aspectos deben resaltarse. En primer lugar, parece ser, de acuerdo a la redacción de la pregunta, que en un principio solo se contemplaba un simple ajuste de la disposición, pues cuando manifiesta que tan solo se pretendía “precisar la redacción”, deja entrever que no se

---

<sup>520</sup> Sobre los problemas en la elección de la ley del contrato, *vid*, S.M. CARBONE, “Il contratto senza legge e la convenzione di Roma del 1980”, *RDIPP*, 1983, vol, XIX, pp. 279-287; M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales” en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS et, al, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 6 ed., Eurolex, Madrid, 1995, pp 217 y ss.

contemplaba un cambio radical en cuanto a la estructura propia del precepto. Por esta razón, la Propuesta de Reglamento Roma I con respecto a su Art. 4 sorprendió a la doctrina especializada, toda vez que fue la disposición que más modificaciones presentó con respecto a su antecesor el CR. En segundo lugar, la pregunta sobre la modificación del Art. 4 CR puso presente el principal problema de la disposición: el desplazamiento de las presunciones en beneficio del principio de los vínculos más estrechos del Art. 4.5 CR. Adicionalmente, insinuó que el principal responsable de este desplazamiento era el propio juez, y por eso, quiso limitar al máximo su actuación. En tercer término, el Libro Verde preguntó cuándo debe descartarse la elección de Ley hecha mediante las presunciones, y planteó la opción expuesta por la “teoría de las presunciones fuertes”, la cual consideraba que las presunciones solo debían ser desatendidas en casos excepcionales.

Finalmente, es curioso que de los múltiples problemas que presentaba el Art. 4 CR, la Comisión en el Libro Verde, solo se cuestiona sobre uno de ellos, la interacción entre el apartado 2 y 5 del art 4 CR, sin poner a consideración de las partes interesadas, aspectos clave de esta disposición, como la teoría de la prestación característica.

**183.** Como era lógico, muchas de las respuestas a la pregunta del Libro Verde estuvieron encaminadas a buscar un equilibrio entre los apartados 2 y 5 del Art. 4 CR; sin embargo, la forma de concretar este equilibrio no fue homogénea. Un sector estaba a favor de preservar el *statu quo*, pues consideraban que la aplicación abusiva del párrafo 5 del Art. 4 CR no era suficientemente frecuente como para justificar una modificación del precepto. Un segundo grupo consideraba que se debía realizar un cambio más radical, mediante el debilitamiento o abandono de las presunciones en favor de la aplicación de los vínculos más estrechos. Un tercer grupo proponía convertir las presunciones en reglas fijas, y el abandono parcial de

la regla de los vínculos más estrechos. Un último grupo –tal vez el más extenso- proponía dejar intacta la estructura del Art. 4 CR, pero añadir al apartado 5 unos precisos términos que dejaran claro su carácter excepcional<sup>521</sup>. Algunas propuestas fueron las siguientes:

**184.** El Instituto Max Planck propuso mantener el principio de los vínculos más estrechos como norma general conservando las presunciones, pero limitando la cláusula de escape. Esta solución permitía mantener la seguridad jurídica y la aplicación uniforme de la norma, pues dejaba un estrecho margen de discrecionalidad al juez del Estado miembro que dirimiera el conflicto. Expuso el Instituto, que era necesario conservar el principio de los vínculos más estrechos, pues el apartado 2 del Art. 4 CR no era apto para determinar la Ley aplicable a muchos de los contratos del comercio internacional, debiendo acudir, en todo caso, a este principio. Por esta razón consideraban que el Art. 4.1 debe mantenerse. Por otra parte, entendían que como el principal problema del Art. 4 radicaba en el desplazamiento injustificado de las presunciones hacia la cláusula de escape, esta situación debía ser resuelta por medio de una redacción estricta del Art. 4.5 que limitara al juez a usarla solo en casos excepcionales.

El instituto *Max Planck* propuso la siguiente redacción para la cláusula de excepción: “The presumptions in paragraphs 2 and 3 may exceptionally be disregarded if it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with another country”.

En lo referente a establecer normas rígidas en el Art. 4, el Instituto manifestó su desacuerdo en incluir un listado de contratos a los que se les determinara de forma rígida la prestación característica, puesto que normalmente esta lista reúne a los contratos sencillos donde no existe duda

---

<sup>521</sup>Vid. M. WILDERSPIN, "Le contrat. Les perspectives d'une révision de la convention...", p.182.

de cuál es la parte que debe llevar a cabo dicha prestación, por este motivo, podría ser prescindible. Adicionalmente, y teniendo en cuenta que los contratos difíciles no pueden ser objeto de regulación rígida, porque el juez debe valorar las particularidades de cada caso en concreto, el Instituto concluye que debe mantenerse la actual estructura del Art. 4 CR con algunas modificaciones, y no un cambio radical de la misma<sup>522</sup>.

**185.** Una propuesta más revolucionaria la hizo el Grupo Europeo de DIPr., dicho grupo propuso cambiar totalmente la estructura del Art. 4 CR con el objetivo de obtener previsibilidad y simplificación en cuanto a la elección del Derecho aplicable. La propuesta mantiene el criterio de la residencia habitual del prestador característico para el numeral primero del Art 4, y lo materializa en una lista de contratos donde de manera rígida se establece cuál es la prestación característica para cada uno de ellos. Manifiesta el grupo que no pudo establecer cuáles contratos conformarían la lista por falta de tiempo para su estudio.

En el numeral segundo establecía que la Ley del lugar donde se encuentre ubicado el inmueble, debía ser la ley que regulara el conflicto contractual sobre los derechos reales inmobiliarios o el Derecho de usufructo de bien inmueble. Adicionalmente, traía una regla especial para los contratos de arrendamiento de corta duración.

Para los apartados 3 y 4 el grupo propuso el criterio de los vínculos más estrechos. Este criterio ya no sería la norma general del artículo, sino sería utilizado a manera de corrección en una norma subsidiaria que se

---

<sup>522</sup> 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, Max Planck institute for foreign private and private international law, p. 46, puede consultarse en: <http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/commentsgreenpaper.pdf>.

usaría para dos eventos específicos: si no pudiere determinarse la prestación característica del contrato, y en la cláusula de excepción, que tendría una redacción restringida<sup>523</sup>.

**186.** La redacción del artículo se propuso de la siguiente manera: “1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3, the contract shall be governed by the law of the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration. However, if the contract is entered into in the course of that party’s trade or profession, that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated.

‘Characteristic performance’ means, in particular: [...]

2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this Article, to the extent that the subject matter of the contract is a right in immovable property or a right to use immovable property, the contract shall be governed by the law of the country where the immovable property is situated. Nevertheless, a tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a maximum period of six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has his habitual residence or place of

---

<sup>523</sup> Groupe Europeen de droit international, Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, Treizième réunion Vienne, 19-21 septembre 2003, p. 13, puede consultarse en: [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/rome\\_i/contributions/gedip\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/gedip_fr.pdf).



business, provided that the tenant is a natural person and has his habitual residence in the same country.

3. If the characteristic performance cannot be determined, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. Nevertheless, if part of the contract is severable from the remainder and is more closely connected with another country, the law of that country may, as an exception, be applied to that part of the contract.

4. The law designated by paragraphs 1 and 2 shall, as an exception, not be applicable if it is clear from the circumstances as a whole that the contract does not have a significant connection with that law and is much more closely connected with the law of another country”.

**187.** Otra propuesta consideraba que el problema principal del Art. 4 CR era su apartado primero, pues al contener el criterio de los vínculos más estrechos como norma general, podía ser interpretado de múltiples maneras, lo que dificultaba la aplicación del apartado segundo. Por lo tanto, se propuso eliminar dicho apartado y dejar como norma general únicamente el apartado segundo conservando la teoría de la prestación característica. Finalmente, la propuesta incluye conservar la cláusula de excepción pero con limitaciones. El texto propuesto era el siguiente:

“(1) The contract is governed by the law of the country where the party who is to effect the performance characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence.

(2) Only if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, should the law of the latter apply”<sup>524</sup>.

## **B) El Artículo 4 en la Propuesta de Reglamento Roma I.**

**188.** La Comisión analizó todas las respuestas al Libro Verde antes de poner a consideración la Propuesta de reforma del Art. 4. Sin embargo, claramente se inclinó en la propuesta del Grupo Europeo de DIPr. En lo que concierne a la primera parte de la disposición, la Propuesta establece un listado de ocho contratos a los que se le determina de manera rígida la Ley aplicable. Para aquellos contratos no comprendidos en el listado del apartado primero, acude a la teoría de la prestación característica, y cuando ésta es imposible de determinar, se refugia en los vínculos más estrechos del contrato.

**189.** La redacción del precepto en la Propuesta de Reglamento Roma I quedó de la siguiente manera: “1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, la Ley aplicable a los contratos siguientes se determinará de este modo:

- a) el contrato de venta se regirá por la Ley del país en que el vendedor tenga su residencia habitual;
- b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la Ley del país en que el prestador del servicio tenga su residencia habitual;
- c) el contrato de transporte se regirá por la Ley del país en que el transportista tenga su residencia habitual;
- d) el contrato que tiene por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble se regirá por la Ley del país donde esté sito el inmueble;

---

<sup>524</sup> Propuesta de Euro Commerce para reformar el Art. 4. Puede consultarse en <http://www.eurocommerce.be/content.aspx?PageId=40134>.

e) sin perjuicio de la letra d), el arrendamiento de inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la Ley del país en que el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;

f) el contrato referente a la propiedad intelectual o industrial se regirá por la Ley del país en que quien transfiere o concede los derechos tenga su residencia habitual;

g) el contrato de franquicia se regirá por la Ley del país en que el franquiciado tenga su residencia habitual;

h) el contrato de distribución se regirá por la Ley del país en que el distribuidor tenga su residencia habitual.

2. Los contratos no comprendidos en el apartado 1 se regirán por la Ley del país en que la parte que debe proporcionar la prestación característica tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato. Cuando la prestación característica no pueda determinarse, el contrato se regirá por la Ley del país con quien presente los vínculos más estrechos”.

**190.** La Propuesta del Art. 4 Reglamento Roma I recibió muchas críticas, ya que en palabras de CARRILLO POZO recogió “las orientaciones del Libro Verde en su versión más radical” y ubicó como centro del modelo para determinar la Ley aplicable en defecto de elección a una “regla que no funciona” (reglas fijas), y que presenta graves problemas en cuanto a la calificación del contrato<sup>525</sup>. Para PAUL LAGARDE, la Propuesta del Art. 4 Reglamento Roma I hace un “repudio total de la flexibilidad en nombre de la seguridad jurídica”, y considera que esta rigidez no es satisfactoria y da la impresión que “es un retorno a los años 60”<sup>526</sup>.

---

<sup>525</sup> L.F. CARRILLO POZO, “Rigor Mortis. (La ley al contrato a falta de elección en los trabajos...”, p. 32.

<sup>526</sup> P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement ...”, pp. 338-339.

No obstante, el legislador de la UE entendió que esta transformación, aunque radical, era necesaria para preservar la previsibilidad del Derecho aplicable, como pieza clave para alcanzar un elevado nivel de seguridad jurídica en la Unión. Por esta razón, se desechó la idea del simple ajuste del texto del Art.4 CR, para proceder a transformar por completo la estructura del nuevo precepto. De todas formas y a pesar de las críticas a la Propuesta del Art. 4, es necesario reconocer como lo hacen BUREAU y HORATIA MUIR WATT, que el “equilibrio entre flexibilidad y seguridad jurídica sigue siendo un ideal difícil de alcanzar en materia contractual”<sup>527</sup>.

### **C) Texto final del artículo 4 Reglamento Roma I.**

**191.** El texto final del Art 4 Reglamento Roma I siguió buena parte de lo contenido en la Propuesta, pero realizó algunos cambios de gran trascendencia:

-En primer lugar, conservó un listado de ocho contratos a los que le definió la Ley aplicable de manera rígida, pero cambió la composición del mismo<sup>528</sup>. La Propuesta de Art. 4 Reglamento Roma I contenía los contratos de compraventa, prestación de servicios, transporte, los que tienen por objeto un Derecho real inmobiliario o Derecho de utilización de inmueble, arrendamiento de inmueble de uso temporal, de propiedad intelectual o industrial, franquicia y distribución. En la redacción final se ha trasladado el contrato de transporte para un apartado especial (Art. 5) y se ha eliminado la regulación para los contratos de propiedad intelectual e industrial que traía el Art. 4.1f de la Propuesta de Reglamento Roma I. Dicha disposición pretendía establecer un criterio fijo para determinar la Ley aplicable a todos los contratos que tuvieran como objeto principal la licencia o cesión de derechos

---

<sup>527</sup> D. BUREAU/ H. MUIR WATT, *Droit international privé* ..., p. 310.

<sup>528</sup> J.J. FAWCETT, “A United Kingdom Perspective on the Rome I ...”, p. 201.

de propiedad industrial e intelectual<sup>529</sup>. Como no fue posible establecer una disposición que enmarcara todas las situaciones que se presentan en el comercio actual -debido que éstas son de diferente naturaleza-, este apartado fue suprimido del texto final<sup>530</sup>. En el lugar que ocupaban estos dos contratos, se ubicaron los de venta de bienes mediante subasta y los contratos celebrados en un sistema multilateral<sup>531</sup>.

-En segundo lugar, se conservó la teoría de la prestación característica para los contratos no cubiertos por el listado del apartado primero, pero adicionó, que dicha teoría aplicará cuando el contrato estuviese conformado por elementos de más de un contrato de los que conforman la mencionada lista, ya que esta posibilidad no la contemplaba la

---

<sup>529</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Applicable law in the absence of choice to contracts ...", p. 206.

<sup>530</sup> A pesar de que en un principio se llegó a pensar que la ley de la residencia habitual de la parte que transfiere o cede los Derechos era una regla fija apta para regular esta clase de contratos, finalmente se llegó a la conclusión de que ésta solo funcionaba cuando existía un intercambio simple semejante a la venta directa, y que para los contratos complejos no era una regla válida. Esta posición puede verse en: European MAX-PLANCK GROUP for Conflict of Laws in Intellectual Property, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I") of December 15, 2005 and the European Parliament Committee on Legal Affairs' Draft Report on the Proposal of August 22, 2006: "The wide variety of contracts relating to intellectual property rights also calls for a differentiated solution instead of one strict, clear-cut rule. Even though the application of the law of the assignor or transferor of the intellectual property right might be appropriate in simple contracts which resemble an outright sale – such as an assignment or license for consideration in the form of a lump sum payment –, this does not hold true as a general rule. More complex intellectual property transactions often include an explicit or implicit duty of the licensee to exploit the intellectual property right, sometimes supplemented by clauses indicating quantities of production or modalities of use, while the licensor does not accept any commitment beyond the toleration of use of his rights. This casts doubt on the proposition that it is the licensor who effects the performance characteristic of the contract (as it is the licensee who accepts the commercial risks linked to the exploitation). It may also be the case that the intellectual property rights licensed or assigned are mainly exercised in the country of the licensee's or transferee's habitual residence or principal place of business. Another example of an intellectual property contract where the performances of both parties are essential and characteristic is a contract to publish and distribute a book."; también puede verse, J.J. FAWCETT/P. TORREMANS, *Intellectual property and private international law*, 2ª ed, Oxford University Press, New York, 2011, p. 762.

<sup>531</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable...", versión *on line*.

Propuesta<sup>532</sup>. Adicionalmente, separó al apartado 4 del Art.4 Reglamento Roma I la regulación de los contratos a los que no se les puede determinar la prestación característica, aunque con una nueva redacción. Por último, incluyó la cláusula de excepción que estaba ausente en la Propuesta, (debido a los fuertes reclamos de un sector de la doctrina en especial la inglesa) siguiendo buena parte de las recomendaciones hechas por el Instituto MAX PLANCK<sup>533</sup>.

#### **D) Estructura del artículo 4 Reglamento Roma I.**

**192.** La estructura del Art. 4 Reglamento Roma I constituye uno de los más radicales distanciamientos del Reglamento Roma I con respecto a la regulación contenida en el CR, y “representa, en cierta medida, un equilibrio entre la necesidad de certeza y previsibilidad, por un lado, y el sometimiento del contrato a la ley del país que con el que esté más estrechamente conectado, por el otro”<sup>534</sup>. Lo primero se puede apreciar en la designación rígida para ocho de los contratos más utilizados en el comercio internacional, y lo segundo se deja entrever, en el rol secundario impuesto a la regla de los vínculos más estrechos en la cláusula de excepción y de cierre<sup>535</sup>.

---

<sup>532</sup> J.J. FAWCETT, “A United Kingdom Perspective on the Rome I ...”, p. 201.

<sup>533</sup> P. LAGARDE/ A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement...”, p. 738.

<sup>534</sup> Vid. J.J FAWCETT/J.M. CARRUTHERS/ P.NORTH, *Private International Law...*, p. 722; J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p. 521; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge...*,p. 72. No obstante este radical y evidente distanciamiento con su antecesor, gobiernos como el del Reino Unido consideran que “su efecto en la práctica es probable que no sea significativamente diferente a la forma en que los Tribunales del Reino Unido aplicaron la disposición del CR”. Vid. Ministry of Justice: Guidance on the law applicable to contractual obligations (Rome I): Outline of the main provisions (February 2010) p. 3.

<sup>535</sup> U. VILLANI, “Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione di Roma al regolamento 'Roma I' sulla legge applicabile ai contratti”, *Studi sulla integrazione europea*, nº 3, 2010, Septiembre 2010, pp. 577-296, concr.p. 591.

**193.** Esta nueva estructura es calificada por la doctrina como más sencilla y clara que la establecida en el CR<sup>536</sup>. Y se considera una “gran mejora” en la designación de la Ley aplicable en defecto de elección, porque “favorece oportunamente la rigidez sobre la flexibilidad”<sup>537</sup>. Adicionalmente, el Art. 4 Reglamento Roma I permite un mayor entendimiento de la disposición y evita la dificultad interpretativa, toda vez que tiene un enfoque más esquemático que facilita un acercamiento paso a paso a la Ley que regulará el contrato, y por último porque elimina la aplicación de la *Lex fori*<sup>538</sup>.

**194.** El objetivo principal del precepto es alcanzar un alto grado de previsibilidad de la Ley aplicable, en el evento en que las partes no hayan podido realizar un acuerdo válido para determinarla<sup>539</sup>. Para lograrlo, el Reglamento Roma I en su Art. 4 establece cuatro criterios generales que se excluyen entre sí, para fijar la Ley que regulará el contrato, y su implementación dependerá de la clasificación autónoma que ha hecho el propio precepto: contratos típicos y contratos atípicos<sup>540</sup>.

---

<sup>536</sup> En este sentido, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p.172; E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 120; J.J. FORNER DELAYGUA, "Ley aplicable a los contratos internacionales", en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Madrid, 2009, pp. 51-84, *concr.* p. 69.

<sup>537</sup> En este sentido *vid.* D. BUREAU/ H. MUIR WATT, *Droit international privé...*, p. 310. A pesar de que la doctrina inglesa –en términos generales- califica al Art. 4 Reglamento Roma I como una mejora del Art. 4 CR, mantienen la incertidumbre de si los tribunales ingleses abordarán la relación del Art. 4.1 y 2 con el Art. 4.3 Reglamento Roma I, de la misma forma como se abordó la relación de los artículos 4.2 y 4.5 CR. Ésta circunstancia la consideran vital, no solamente para los operadores y juristas ingleses, sino para cualquier operador económico de la UE que tenga relación con Inglaterra, pero en general, la consideran vital para la genuina armonización de las leyes en materia de ley aplicable al contrato en la Unión. *Vid.* J.J. FAWCETT, "A United Kingdom Perspective on the Rome I ...", p. 209.

<sup>538</sup> J.C.CHUAH, *Law of International Trade...*, p. 664.

<sup>539</sup> J.J FAWCETT/J.M. CARRUTHERS/ P.NORTH, *Private International Law...*, p. 722.

<sup>540</sup> J.J. FORNER DELAYGUA, "Ley aplicable a los contratos internacionales...", p. 69.

Para los primeros, el Reglamento Roma I ha creado el apartado 1 del Art. 4 donde gobiernan los puntos de conexión rígidos; para los segundos el Art. 4 Reglamento Roma I trae dos disposiciones que se harán efectivas dependiendo de la participación activa de la teoría de la prestación característica, por un lado, y de los vínculos más estrechos por el otro. Por último, establece el precepto una excepción a las normas generales de designación de Ley, basada en los vínculos más estrechos, aunque con unos límites bien definidos. El Art. 4 Reglamento Roma I se divide en los siguientes cuatro apartados:

**a) Puntos de conexión rígidos. Ocho principales contratos.**

**195.** El Art. 4.1 Reglamento Roma I establece una lista de ocho de los principales contratos del comercio internacional (compraventa, prestación de servicios, que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, el arrendamiento de bien inmueble celebrado con fines de uso personal y temporal, franquicia, distribución, venta de bienes mediante subasta, y el contrato celebrado en un sistema multilateral) y le designa a cada uno una Ley estatal específica. Se ha dejado a un lado el principio general de los vínculos más estrechos contenido en el Art. 4.1 CR, para pasar a un catálogo de normas rígidas de acuerdo al tipo de contrato, su objeto, o las circunstancias del mismo<sup>541</sup>. En efecto, el apartado primero del Art. 4 Reglamento Roma I contiene puntos de conexión rígidos que permiten identificar directamente cuál Ley nacional regulará el contrato; para la mayoría de ellos se basa en la residencia habitual de una de las partes contractuales, para otros, utiliza el lugar de ubicación del objeto contractual, y para los últimos, dependerá de las circunstancias del contrato<sup>542</sup>.

---

<sup>541</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento 'Roma I' sobre ley...", versión *on line*.

<sup>542</sup> G. RÜHL, "Contractual Obligations in European Private...", puede consultarse en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1989515>.



**196.** Aunque estas disposiciones rígidas se inspiran en la presunción general que traía el CR, en el Reglamento Roma I no son formuladas como presunciones, sino como disposiciones que deben ser aplicadas directamente por el operador jurídico, salvo las excepciones que trae el propio Art. 4 Reglamento Roma I<sup>543</sup>. A pesar de que en algunas de estas reglas fijas el resultado final es el mismo que al aplicar la prestación característica del CR (*ad ex.*, contrato de compraventa), el Art. 4 Reglamento Roma I establece una ruta más “directa” para obtener el resultado, pues no será necesario determinar cuál es la prestación característica de un contrato en particular<sup>544</sup>.

#### **b) Contratos distintos a los ocho.**

**197.** Cuando no sea posible catalogar al contrato dentro de la lista de los ocho, o cuando el contrato esté conformado con elementos de más de uno de esos contratos específicos, el Art. 4.2 Reglamento Roma I dispone que el negocio jurídico se regirá por la Ley del país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica.

En este punto, la doctrina reconoce que puede volver la dificultad contenida en el CR, en relación a la identificación de la prestación característica para aquellos contratos que no hacen parte de los ocho principales<sup>545</sup>. Aunque es importante recordar, que la teoría de la prestación característica ha sufrido cambios importantes en el Reglamento Roma I, dado que ya no se inserta en la norma general de identificación de la *lex contractus*, adicionalmente porque en el Art. 4 Reglamento Roma I no opera

---

<sup>543</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado...*, p. 496.

<sup>544</sup> J.J FAWCETT/J.M. CARRUTHERS/ P.NORTH, *Private International Law...*, p. 723.

<sup>545</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 120.

como una presunción, y porque ha sido reformulada por el legislador de la UE.

### **c) Cláusula de excepción.**

**198.** El apartado tercero del Art. 4 trae la anteriormente denominada cláusula de escape, y a la que ahora la doctrina le reconoce un carácter excepcional del cual deriva su nombre. Esta cláusula tiene aplicación, si resulta evidente que el contrato presenta un vínculo “manifiestamente más estrecho” con un país distinto al determinado por el Art. 4.1 y 4.2. Para esta especial circunstancia deberá aplicarse la Ley de ese otro país<sup>546</sup>. La cláusula de excepción ha incorporado dos requisitos que pretenden blindar la disposición para evitar los problemas presentados en el CR. Dichos requisitos son: que exista una vinculación manifiestamente más estrecha con ese otro país, y que ésta se presente de manera clara.

### **d) Contratos por fuera de los ocho y sin prestación característica.**

**199.** Por último, el Art. 4.4 Reglamento Roma I regula la cláusula de cierre, la cual será utilizada cuando el contrato no pueda ser catalogado dentro de la lista de los ocho contratos del Art. 4.1 Reglamento Roma I, pero tampoco sea de aquellos que tenga prestación característica. La Ley reguladora será la del país que presente los vínculos más estrechos<sup>547</sup>.

**200.** En conclusión, el Art. 4 Reglamento Roma I se estructura mediante disposiciones que determinan la ley aplicable al contrato de manera rígida (norma general: Art. 4.1 y 4.2 Reglamento Roma I), y de

---

<sup>546</sup> Considerando 20 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

<sup>547</sup> M. GUZMÁN ZAPATER, "El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo...", versión *on line*.

manera flexible (norma subsidiaria: Art. 4.4, y norma excepcional: Art. 4.3 Reglamento Roma I).



## CAPITULO II

# LOS PUNTOS DE CONEXIÓN RÍGIDOS Y LA PREVISIBILIDAD DEL DERECHO APLICABLE.

### I. INTRODUCCIÓN.

**201.** El objetivo principal del Reglamento Roma I es contribuir a la seguridad jurídica en el espacio judicial de la UE, mediante la unificación de las normas de conflicto en los Estados miembros<sup>548</sup>. Para alcanzar este propósito, se hace indispensable que aquellas normas que regulen el conflicto de Leyes cuenten con un “alto grado de previsibilidad”<sup>549</sup>. Siguiendo estas directrices, el legislador de la UE ha tomado la decisión de abandonar las “formulas abiertas y flexibles” que operaban en el CR basadas en el principio de proximidad<sup>550</sup>. En su reemplazo ha adoptado como técnica principal, unos puntos de conexión que tienen la doble condición de ser “rígidos y ágiles” a la hora de establecer la Ley aplicable al contrato internacional<sup>551</sup>.

---

<sup>548</sup> Considerando 6 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

<sup>549</sup> Considerando 16 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

<sup>550</sup> A. QUIÑONEZ ESCÁMEZ, “Concepto de “vínculo estrecho”, en las directivas de consumo: repercusiones de la STJCE (AS. 70/03, Comisión c España) en las leyes nacionales y en la propuesta de reglamento “Roma I”(2005)”, en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, p. 476.

<sup>551</sup> J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p. 522; H. KENFACK, “Le règlement (CE) nº 593/2008 du 17 juin ...”,p. 19.

Estos puntos de conexión son una evolución significativa del artículo 4 CR, y otorgan más agilidad a la determinación de la ley aplicable al contrato internacional<sup>552</sup>. Por ello, el juez del caso tan solo debe limitarse a identificar el tipo contractual, y adjudicarle la Ley previamente establecida<sup>553</sup>. El primer análisis que se debe hacer para determinar la Ley aplicable en ausencia de elección, es evaluar si el contrato es encuadrable dentro de uno de los ocho contratos fijos relacionados en el Art. 4.1 Reglamento Roma I. De ser así, la Ley que regulará el contrato deberá establecerse dentro de los parámetros que el propio artículo estipula para cada tipo contractual, y que solo excepcionalmente podrá ser sustituida mediante la utilización de la cláusula del Art. 4.3 Reglamento Roma I<sup>554</sup>.

**202.** Este cambio de orientación no ha sido recibido de manera uniforme por la doctrina jurídica. Un sector manifiesta que la adopción de puntos de conexión rígidos, no es un enfoque adecuado para el tratamiento de dichos contratos<sup>555</sup>. Lo anterior porque al establecer un catálogo cerrado que incluye tan solo unos pocos contratos, la realidad jurídica va a desbordar la lista, haciendo que las normas supletorias terminen siendo las normas generales<sup>556</sup>. Adicionalmente, se expone que ésta ha sido una decisión

---

<sup>552</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, " Applicable law in the absence of choice to contracts ...", p. 203.

<sup>553</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p.173.

<sup>554</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, " Applicable law in the absence of choice to contracts ...", p. 205.

<sup>555</sup> "The "hard and fast" rule approach of the proposal does not seem to be an adequate approach for treating such contracts". EDITORIAL COMMENTS, "One way to a Rome I Regulation", *Common Market law review*, vol. 43, 2006, pp. 913-922, concr. p. 917.

<sup>556</sup> L.F. CARRILLO POZO, "Rigor Mortis. (La ley al contrato a falta de elección en los...", p. 32, en el mismo sentido el propio Carrillo Pozo expone que "Cambiar un texto internacional es demasiado costoso como para incluir en él normas rígidas", *vid.* L.F. CARRILLO POZO, " Ante la revisión del Art. 4 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones...", p. 1393.

precipitada por parte del legislador de la UE, pues se considera errado abandonar la regla de los “vínculos más estrechos”, toda vez que con ella también era posible alcanzar un alto grado de previsibilidad al “forjar sub reglas” perfectamente previsibles<sup>557</sup>. Se manifiesta también, que la designación de normas rígidas va en contravía de las disposiciones internas de buena parte de los Estados de la UE, quienes cuentan con disposiciones basadas en el principio de proximidad, es decir, conexiones flexibles<sup>558</sup>. Otro argumento en contra de los puntos de conexión rígidos, es que teniendo en cuenta la competencia del TJUE para interpretar el Reglamento, los puntos de conexión rígidos plasmados en el Art. 4.1 Reglamento Roma I, lo único que hacen es codificar “obviedades”, que en un futuro, provocarán dificultades de interpretación, que de todas formas, tendrán que ser resueltas por el TJUE<sup>559</sup>. Hubiese bastado –se expone- con una sentencia del TJUE para solucionar los múltiples problemas interpretativos del Art. 4 CR<sup>560</sup>. Incluso, una modificación en la cláusula de escape (Art. 4.5 CR) donde se pusieran límites a su utilización hubiese sido suficiente para alcanzar el tan anhelado grado de previsibilidad<sup>561</sup>.

Por otra parte, se critica que al reforzar la previsibilidad del resultado mediante las normas rígidas, se abre la puerta a un uso automático de estas disposiciones, trayendo como consecuencia un aumento de los problemas

---

<sup>557</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p.173.

<sup>558</sup> B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge...*, p. 73.

<sup>559</sup> S. LEIBLE, " La propuesta para un Reglamento "Roma I" Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto...", p. 557.

<sup>560</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, "*The Rome I Regulation...*", p. 1701.

<sup>561</sup> "The need for predictability can be met by narrowing the scope of the escape clause in Article 4 (5) to be used only where the contract has a substantially closer connection with a country other than that indicated by the rule of presumption". O. LANDO/P.A. NIELSEN, "*The Rome I Proposal...*", p. 38.

de calificación de los ocho tipos contractuales<sup>562</sup>. En el mismo sentido, se ha considerado que la adopción de los ocho contratos rígidos trae consigo la difícil tarea de identificación y delimitación de cada uno de estos tipos contractuales, pues en la práctica jurídica, en no pocos casos, los límites no se encuentran tan claros. Esto sucede por ejemplo con los contratos de compraventa y de prestación de servicios, especialmente cuando el contrato versa sobre bienes intangibles, también con los contratos de franquicia y distribución. Es por eso, que se considera que en un futuro no muy lejano el TJUE deberá establecer la definición autónoma de la UE para cada tipo contractual<sup>563</sup>.

**203.** No obstante las posiciones doctrinales que tienen reservas sobre la presencia de las reglas rígidas en el Art. 4.1 Reglamento Roma I, no cabe duda que el precepto proporciona una mayor previsibilidad a las partes del contrato de lo que lo hacía su antecesor el CR<sup>564</sup>. De esta manera, se puede identificar más fácilmente la Ley que regulará el contrato, pues ya no están presentes en la norma principal, las “dificultades e incertidumbres” que representaba la búsqueda de la Ley aplicable mediante la teoría de la prestación característica, sino que amplía considerablemente las posibilidades de soluciones directas, al “transformar las presunciones en normas rígidas”<sup>565</sup>.

---

<sup>562</sup> Vid. P. LAGARDE/ A. TENENBAUM, "De la convention de Rome au règlement...", p.740; en el mismo sentido vid.M. GUZMÁN ZAPATER, "El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo...", versión *on line*.

<sup>563</sup> T. ZHENG, "Law applicable in the absence of choice- The New Article 4 of the Rome I Regulation", *Modern Law Review*, vol. 71, issue 5 (September 2008) pp. 785-800, concur. p. 791.

<sup>564</sup> En este sentido vid, O. LANDO/P.A. NIELSEN, "*The Rome I Regulation...*", p. 1702.

<sup>565</sup> H. KENFACK, "Le règlement (CE) nº 593/2008 du 17 juin ..." p. 20.



Esto palmariamente se traduce en un avance en la seguridad jurídica, especialmente en aquellas categorías de contratos donde la identificación de la prestación característica era muy polémica, y que ahora se establece de forma directa mediante el Art. 4.1 Reglamento Roma I<sup>566</sup>. Incluso, la propia actitud *legeforista* de los jueces de los Estados parte del Convenio frente a la aplicación del Art. 4 CR, hace que sea preferible la lista rígida del Art. 4.1 Reglamento Roma I<sup>567</sup>. Debe recordarse que el propio Libro Verde sobre la transformación del CR en un Reglamento de la UE ponía de manifiesto la desconfianza en el juez nacional, proponiendo buscar una salida a los excesos cometidos en la aplicación del Art. 4 CR. Precisamente el establecimiento de unas normas rígidas en el Art. 4.1 Reglamento Roma I, es una respuesta contundente a la necesidad de restringir el poder discrecional del juez, pues su margen de apreciación se encuentra ahora claramente reducido.

**204.** En consecuencia, como el objetivo primario del legislador de la UE es alcanzar un alto grado de previsibilidad de las normas que resuelven el conflicto de leyes en la UE, indiscutiblemente al establecerlas de manera directa y rígida, se alcanza un elevado nivel de previsibilidad de la norma. Y esto beneficia de manera directa al correcto funcionamiento del mercado interior, puesto que los comerciantes internacionales se sienten ahora más seguros de asumir el reto de una operación transnacional, pues pueden adaptar su comportamiento comercial a una ley que es previamente conocida, ya sea su propia ley o una ley foránea, y pueden a su vez, valorar más fácilmente los riesgos de un futuro litigio, situación que repercute de manera directa en la economía del contrato.

---

<sup>566</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, " Applicable law in the absence of choice to contracts ...", p. 203.

<sup>567</sup> Así lo expresan O. LANDO/P.A. NIELSEN "So far, Article 4 of the Convention has not done away with the *homeward trend*, which courts in all countries are addicted to. Therefore, we support the list"; O. LANDO/P.A. NIELSEN, "The Rome I Regulation...", p. 1702.

Por tal motivo, el objetivo de previsibilidad de la norma de conflicto se encuentra plenamente satisfecho. Por otra parte, si para cumplir con este objetivo, era necesario restringir considerablemente la discrecionalidad judicial, esta limitación debe ser asumida en función de alcanzar un alto grado de certeza fortaleciendo la designación rígida de la Ley aplicable, ya que como lo expresa H. KENFACK “la adopción de las reglas fijas es preferible a las soluciones que puedan variar en función de la interpretación de los diversos tribunales nacionales”<sup>568</sup>.

Sin embargo, no se pueden pasar por alto aquellas opiniones que ponen de manifiesto las dificultades en la calificación de los ocho contratos, ya que los límites entre ellos deben ser aclarados por el TJUE, para que el Art. 4.1 Reglamento Roma I pueda ejercer fielmente su función<sup>569</sup>. Sin embargo, esta labor ya la viene adelantando el TJUE al interpretar el Reglamento 44/2001.

## **II. LOS OCHO CONTRATOS PRINCIPALES DEL ARTÍCULO 4.1 REGLAMENTO ROMA I.**

### **1. Ley aplicable.**

**205.** El Art. 4.1 Reglamento Roma I relaciona los ocho puntos de conexión rígidos correspondientes a ocho de los contratos más importantes

---

<sup>568</sup> “...l'adoption de règles fixes est préférable à des solutions qui varient en fonction de l'interprétation des divers juges nationaux. “H. KENFACK, “Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin ...”, p. 29.

<sup>569</sup> Aunque como lo anota acertadamente U. VILLANI este problema se resolverá sobre la base de una interpretación autónoma y uniforme a nivel de la UE: “ma che, in principio, va risolto in base ad un' interpretazione autonoma (a livello comunitario) ed uniforme”, *vid.* U. VILLANI, “La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti”, en N. BOSCHIERO, *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, G. Giappichelli, Torino, 2009, pp. 149-172, *concr.* p. 167.

del comercio internacional, y le designa a cada uno de ellos su propia Ley aplicable de la siguiente manera:

“a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la Ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual<sup>570</sup>.

b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la Ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual<sup>571</sup>.

c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la Ley del país donde esté sito el bien inmueble.

---

<sup>570</sup> Sobre la distinción entre un contrato de compraventa de mercaderías y un contrato de prestación de servicios puede verse la STJUE (Sala cuarta) de 25 de febrero de 2010, CAR TRIM: Asunto C-381/08 que dispone que : “1) El artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que aquellos contratos cuyo objeto sea la entrega de mercancías que hayan de fabricarse o producirse previamente deberán calificarse de «compraventa de mercaderías», en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), primer guión, del Reglamento, aunque el comprador, sin facilitar los materiales, haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de las mercancías, y aunque el proveedor sea responsable de la calidad y conformidad de las mercancías con el contrato...”; un comentario sobre esta sentencia puede verse en, M.P. CANEDO ARRILLAGA, "Notas breves sobre la sentencia del TJUE (sala cuarta) de 25 febrero 2010 (Car Trim: Asunto c-381/08): los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, vol. 3, nº 1, pp. 263-269.

<sup>571</sup> De vital importancia para entender el alcance del concepto de “prestación de servicios” en el Reglamento Roma I resulta la Sentencia TJCE (Sala Cuarta) de 23 de abril de 2009, Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch contra Gisela Weller-Lindhorst, Asunto C-533/07, donde se analiza si los contratos de licencia de propiedad intelectual hacen parte del concepto de “prestación de servicios” plasmado en el Art. 5.1.b Reglamento 44/2001. El TJCE responde negativamente a esta cuestión, excluyendo del concepto de prestación de servicios a los contratos de licencia de propiedad intelectual, y esto trae unas consecuencias directas sobre la aplicación de la regla rígida para esta clase de contratos en el Art. 4.1.b Reglamento Roma I, pues como el concepto de prestación de servicios debe ser interpretado en el mismo sentido que el Art. 5 Reglamento 44/2001 de acuerdo al Considerando 17 Reglamento Roma I, debe entenderse que que esta relación jurídica tampoco puede ser regulada de manera rígida por el Art. 4.1.b Reglamento Roma I. Como consecuencia de esto, a los contratos sobre licencia de propiedad intelectual deberá determinársele su ley aplicable mediante el Art. 4.2 Reglamento Roma I, esto es, mediante el uso de la teoría de la prestación característica.

- d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la Ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país.
- e) el contrato de franquicia se regirá por la Ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual.
- f) el contrato de distribución se regirá por la Ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual.
- g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la Ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;
- h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única Ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha Ley<sup>572</sup>.

**206.** Estos puntos de conexión no son presunciones de la Ley más vinculada con el contrato como ocurría en el CR, sino que al ser puntos rígidos, determinan de manera directa la Ley del país que regulará el destino del contrato internacional. Es importante reiterar este aspecto, precisamente porque la incorporación de normas rígidas, es una respuesta directa del legislador a los problemas interpretativos de las presunciones en el CR. Por ello, ahora se ha transformado el precepto para que no se presuma la Ley aplicable al contrato, sino para que se establezca de manera inmediata.

---

<sup>572</sup> Artículo 4.1 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

**207.** Los puntos de conexión designados por el Reglamento Roma I para los ocho contratos, no provienen “necesariamente del principio de proximidad”, pues no puede decirse que todos ellos tengan como objetivo designar la Ley más vinculada con el contrato<sup>573</sup>. Lo que si pretende el Art. 4.1 es establecer unos factores de conexión fijos que son considerados como el elemento relevante de la localización del contrato en el país donde se sitúa su “centro de gravedad”<sup>574</sup>.

El Art. 4.1 Reglamento Roma I relaciona los tipos contractuales a los que se les designa puntos de conexión rígidos, sin definirlos. Dichos conceptos no deben extraerse de las legislaciones internas de los Estados miembros, sino deben atender a criterios interpretativos del propio Reglamento Roma I. De igual manera, algunos de estos conceptos son comunes a varios instrumentos de la UE, por lo tanto, deben tener el mismo significado, pues se procura por una aplicación homogénea.

**208.** Estos puntos de conexión cumplen fielmente unos objetivos previamente trazados por el legislador, y responden al actual modelo de comercio internacional. Los principales son los que siguen<sup>575</sup>:

**A) Favorecer a una de las partes del contrato.**

**209.** Para algunos de los contratos relacionados en el Art. 4.1, el Reglamento Roma I ha querido favorecer a una de las partes del contrato. Dicho favorecimiento se justifica en dos razones a saber: favorecer la

---

<sup>573</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 665.

<sup>574</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Applicable law in the absence of choice to contracts ...", p. 205.

<sup>575</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, pp.189 y ss.

posición jurídica de la parte que genera riqueza, y proteger a la parte considerada débil dentro del contrato. En el primero de los casos, el legislador de la UE ha entendido que el vendedor en el contrato de compraventa, y el prestador del servicio en el contrato de prestación de servicios, constituyen un importante sector de la economía mundial generador de empleo y riqueza. Esta posición importante dentro del engranaje comercial internacional, ha querido ser protegida por el Reglamento Roma I, al definir la Ley de la residencia habitual de esta parte del contrato, como la reguladora del mismo. De esta manera, tanto el vendedor de bienes, como el prestador de los servicios, regulan todos sus contratos internacionales bajo una única Ley, y esto sin duda les representa múltiples beneficios.

Para el segundo de los casos –proteger la parte débil del contrato-, el Reglamento Roma I pretende salvaguardar a la parte que considera tiene una desventaja contractual en el actual modelo de comercio transnacional<sup>576</sup>. Así lo hace respecto del contrato de franquicia, al proteger la posición jurídica del franquiciado, y en el contrato de distribución, al proteger la situación de inferioridad del distribuidor<sup>577</sup>. El legislador ha entendido que con el hecho de elegir que la Ley aplicable al contrato sea la de la residencia habitual del franquiciado y del distribuidor, se está poniendo en equilibrio la balanza comercial y jurídica entre las partes<sup>578</sup>. Efectivamente, el legislador de la UE no ha querido determinar la prestación característica de los contratos de franquicia y distribución -que ha estado rodeada de un alto

---

<sup>576</sup> A. BONOMI, "The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual ...", p. 174.

<sup>577</sup> Así lo reconoce U. VILLANI: "La loro sottoposizione alla legge del Paese nel quale ha la propria residenza abituale, rispettivamente, il franchisee (lett. e) o il distributore (lett.f) risponde all' intento, dichiarato dalla Commissione nella proposta del 2005, di tutelare la parte debole, considerata il Franchise e il distributore, mediante l' applicazione Della propria legge", U. VILLANI, "La legge applicabile in mancanza di scelta dei...", p. 167.

<sup>578</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el ...* ,, p.189.

grado de polémica-, sino que ha buscado proteger al franquiciado y al distribuidor como partes débiles dentro de la relación contractual<sup>579</sup>.

El hecho de establecer directamente que la Ley de la residencia de una de las partes ha de regir el contrato, representa una gran ventaja para dicho contratante, puesto que verá disminuidos los costes judiciales, ya que no necesitará hacer un gran esfuerzo económico en procura de conocer el contenido de la Ley que regirá su negocio jurídico, pues es su propia Ley, y esto le permite enfocar su comportamiento contractual bajo sus directrices. Sin embargo, algunos autores consideran injustificado este favorecimiento que el Reglamento Roma I hace a estos tipos contractuales, ya que las dos partes del contrato asumen riesgos en la operación comercial internacional, y no se ha podido establecer un verdadero desequilibrio contractual que deba compensarse con la designación de la Ley de la residencia habitual de una de las partes<sup>580</sup>. Mucho menos si se tiene en cuenta “el poder económico de algunos distribuidores”<sup>581</sup>.

## **B) Establecer la Ley más previsible.**

**210.** Para otro grupo de contratos dentro de la lista de los ocho, el Reglamento Roma I ha querido establecer como Ley reguladora, aquella que se encuentra más vinculada con el mismo, y por ende, sea la más previsible para los contratantes, y de esta forma, les genere los “menores costes conflictuales globales”<sup>582</sup>. Estos contratos son: contrato que tiene por objeto

---

<sup>579</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Applicable law in the absence of choice to contracts ...", p. 205.

<sup>580</sup> Con esta opinión *vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el ...*, p.190.

<sup>581</sup> P. LAGARDE, "Remarques sur la proposition de règlement ...", p. 339.

<sup>582</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 666.

un Derecho real inmobiliario o arrendamiento de un bien inmueble, contrato de arrendamiento de un bien inmueble con fines de uso personal y temporal para un período máximo de seis meses consecutivos, contrato de venta de bienes mediante subasta, y contrato celebrado en un sistema multilateral<sup>583</sup>.

## **2. Conveniencia de crear una lista distinguiendo tipos contractuales.**

**211.** Llegados a este punto conviene preguntarse si realmente era necesario distinguir diversos tipos contractuales mediante la creación de la lista del 4.1 Reglamento Roma I, en otras palabras, ¿se justificaba limitar el Art. 4.1 estableciendo de manera rígida la Ley aplicable a estos tipos contractuales?

**212.** La respuesta a esta pregunta debe dividirse en dos partes: en primer lugar, algunos tipos contractuales relacionados en la lista no presentaban grandes dificultades a la hora de aplicar el Art 4 CR. Es el caso del contrato de compraventa de mercaderías, y el contrato de prestación de servicios, donde en líneas generales, existía un consenso sobre cuál era la parte que llevaba a cabo la prestación característica del contrato. Por esta razón, se entiende que para esta clase de contratos no era necesario hacer tal distinción, puesto que el resultado no ha cambiado con respecto a lo establecido en el CR. Sin embargo, respecto de otros contratos donde la definición del prestador característico presentó innumerables problemas (como el contrato de franquicia o el de distribución), la distinción de estos tipos contractuales está plenamente justificada, pues determina directamente la Ley nacional que regulará el contrato, resolviendo así, las incertidumbres presentadas en la aplicación del Art. 4 CR.

---

<sup>583</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p.190.



Aunque con la determinación directa de la Ley aplicable al contrato se solucionan los problemas presentados en el CR con la prestación característica, los problemas de calificación del tipo contractual subsisten, y en última instancia será el TJUE quien otorgue las directrices interpretativas.

En suma, se debe considerar que la lista del Art. 4.1 Reglamento Roma I distinguiendo diversos tipos contractuales, se encuentra plenamente justificada pues resuelve los distintos problemas presentados en la identificación del prestador característico en el CR, e incluso, para aquellos contratos donde no existía mayor dificultad en la identificación del prestador característico, la lista del Art 4 Reglamento Roma I otorga claridad y agilidad, con lo que contribuye a que pueda ser utilizado sin problema, incluso, por contratantes ocasionales<sup>584</sup>.

**213.** La segunda parte de la respuesta se debe enfocar al número limitado de contratos en el Art. 4.1 Reglamento Roma I. Como se ha dicho, el Reglamento Roma I define rígida y directamente la Ley aplicable a ocho contratos del comercio internacional. Sin embargo, la selección de estos ocho contratos del apartado primero del Art. 4 Reglamento Roma I genera dos dudas: ¿bajo qué criterios el legislador de la UE ha escogido estos ocho contratos? y ¿por qué no fueron incluidos otros contratos de gran uso en el comercio internacional?

Con respecto a la primera pregunta se debe apuntar lo siguiente. El legislador de la UE ha elegido para el Art. 4.1 Reglamento Roma I a ocho de los contratos más importantes y de mayor uso en el actual momento del comercio internacional<sup>585</sup>. Mediante ellos, se llevan a cabo buena parte de

---

<sup>584</sup> En este sentido *vid.*, U. MAGNUS, "Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence ...", p.33.

<sup>585</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p.176.

las relaciones jurídicas comerciales a nivel internacional, puesto que abarcan una enorme variedad de posibilidades contractuales<sup>586</sup>. No obstante, el hecho de designar sólo estos ocho contratos desechando otros que de la misma forma son de vital importancia para las relaciones comerciales internacionales, ha generado alguna polémica jurídica. Por esto –y para responder la segunda pregunta– se anotarán las razones por las cuales estos contratos han sido excluidos de la lista del Art 4.1 Reglamento Roma I.

**214.** Buena parte de los contratos no relacionados en el Art 4.1 Reglamento Roma I se pueden considerar como contratos de prestación de servicios, y por ende, deberá aplicarse el Art. 4.1.b. Asimismo, los tribunales deben hacer una interpretación amplia de cada tipo contractual, para que cubra la mayor cantidad de relaciones jurídicas posibles, y así, determinar su Ley aplicable de manera rígida. Por otro lado, existen en el comercio internacional contratos considerados “complejos”, que surgen de la unión de varios contratos tipo, con lo cual, si las partes no hacen uso de su autonomía conflictual, “cada contrato se regula por su Ley” (*ad. ex. leasing, factoring*)<sup>587</sup>. De todas formas, estos contratos presentan graves problemas de calificación, ya que son una mezcla de elementos de varios contratos, por este motivo, el Reglamento Roma I ha designado el apartado segundo del Art. 4 para que sea la teoría de la prestación característica la que identifique la Ley que habrá de regularlos.

### **3. El rol de la teoría de la prestación característica en el artículo 4.1 Reglamento Roma I.**

---

<sup>586</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 129.

<sup>587</sup> *Ibidem.* p. 127

**215.** Aunque la teoría de la prestación característica en el Reglamento Roma I tiene ahora un carácter subsidiario, y se ubica en el apartado segundo del Art. 4, parece ser que mantiene su influencia en la lista de los ocho contratos. Por este motivo, es conveniente analizar el papel de la teoría de la prestación característica en los puntos de conexión rígidos del Art 4.1 Reglamento Roma I.

Algunos autores consideran que los puntos de conexión recogidos en el Art. 4.1 Reglamento Roma I son la identificación de la prestación característica en estos contratos, otros exponen que aunque el artículo mismo no lo menciona, dichas reglas se encuentran claramente inspiradas en dicho concepto<sup>588</sup>. Sin embargo, otro sector doctrinal piensa que estos puntos de conexión no son la definición de la UE respecto de la prestación característica, ya que el legislador lo hubiese expresado en el propio Art 4.1 si esa hubiese sido su intención<sup>589</sup>.

No obstante, parece claro que la teoría de la prestación característica inspira tan solo algunos de los puntos de conexión establecidos en el Art. 4.1 Reglamento Roma I. HARTLEY sigue esta opinión y considera que la definición de los puntos de conexión para los ocho contratos principales no corresponde en su totalidad a la teoría de la prestación característica, aunque para él, la solución adoptada para los párrafos a, b, e y f, del Art. 4.1 Reglamento Roma I, se encuentra fuertemente influenciada por esta teoría (contrato de compraventa, de prestación de servicios, de franquicia y

---

<sup>588</sup> Así lo manifiesta M. WILDERSPIN “ Although the notion of characteristic performance is not mentioned in that paragraph, the rules are clearly inspired by that concept and the solutions correspond in certain cases to examples given in the Giuliano-Lagarde Report.” M. WILDERSPIN, “The Rome I Regulation: Communitarisation and modernisation of the...”, p. 266; En el mismo sentido “...la selección de tales vinculaciones se ha inspirado en el concepto de “prestación característica”, *vid.* J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional...*, p. 678.

<sup>589</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 666.

el de distribución)<sup>590</sup>. Asimismo, U. MAGNUS cree que la teoría de la prestación característica influencia los apartados (a, b, d, e y f)<sup>591</sup>.

Sin embargo, no resulta claro que la definición de la Ley aplicable al contrato en el caso de la franquicia y de la distribución, esté influenciada por la teoría de la prestación característica. Debe recordarse que la teoría de la prestación característica en estos dos contratos ha sido discutida enérgicamente. Por un lado se discutía cuál de las partes llevaba a cabo la prestación característica del contrato, y por el otro, se discutía la existencia misma de dicha prestación en esta clase de contratos. Aunque esta discusión se abordará más adelante, es necesario concluir que los únicos contratos que están fuertemente influenciados por la teoría de la prestación característica, son los contratos de compraventa y los de prestación de servicios<sup>592</sup>.

En suma, la teoría de la prestación característica tan solo llega a inspirar algunos de los puntos de conexión recogidos como normas rígidas en el Art. 4.1 Reglamento Roma I, sin que pueda llegar a considerarse que este precepto, establece una definición del prestador característico en estos ocho tipos contractuales<sup>593</sup>.

#### 4. Aplicación práctica del artículo 4.1 Reglamento Roma I.

---

<sup>590</sup> “Four of these rules are based on the characteristic performance doctrine”, T.C. HARTLEY, *International commercial litigation...*, p. 582.

<sup>591</sup> “For the majority of the listed contract types (lit. a, b, d, e, f) the Regulation follows the general rule that the law at the seat of the party is applicable that renders the characteristic performance” U. MAGNUS, “Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence ...”, p. 33.

<sup>592</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría...*, p. 211.

<sup>593</sup> *Vid.* A. BONOMI, “The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual ...”, p. 174.

**216.** Las normas rígidas contempladas en el Art. 4.1 Reglamento Roma I tienen una doble condición de gran importancia práctica: abarcan una gran cantidad de relaciones jurídicas internacionales, y son normas con un alto grado de previsibilidad. En efecto, a la mayor parte de las relaciones jurídicas internacionales se les aplica, para identificar la ley aplicable al contrato, las normas rígidas del Art. 4.1 Reglamento Roma I. Esto no solamente porque los tipos contractuales relacionados en dicho precepto son los más utilizados en el comercio internacional, sino porque el juez debe hacer una interpretación amplia de dichos tipos contractuales, para que de esta forma, se identifique la ley aplicable a buena parte de las relaciones jurídicas transnacionales mediante las normas rígidas. Por lo tanto, parece claro que en la práctica, el Art. 4.1 Reglamento Roma I será el precepto más utilizado para resolver el conflicto de ley en la UE en defecto de elección de parte.

Es importante destacar que, aunque es cierto que la discrecionalidad judicial en este precepto se encuentra bastante limitada, también lo es, que para el correcto funcionamiento de la disposición, y especialmente para que sea una norma de aplicación extensa, el juez debe cumplir un rol fundamental, al interpretar de manera amplia cada uno de estos contratos, muy especialmente el contrato de prestación de servicios, por ello, la labor del juez en el apartado primero del Art. 4 Reglamento Roma I, es esencial.

**217.** El Art. 4.1 Reglamento Roma I es básicamente una disposición previsible. En efecto, el principal efecto práctico de las disposiciones rígidas del Art. 4.1 es que las partes contractuales y en general todos los intervinientes, podrán prever fácilmente la ley que regulará el contrato. Justamente este alto grado de previsibilidad de las normas de conflicto era el objetivo primario del legislador de la UE, y por ello, ha desplazado la flexibilidad, por unas disposiciones que determinan de manera ágil y directa la ley aplicable. Esta rigidez de la norma de conflicto tiene una consecuencia directa en los contratantes, pues podrán adaptar su conducta comercial a

una ley que es previamente conocida, y de igual manera, podrán valorar *ex ante* los costes conflictuales.

En suma, siendo el Art. 4.1 Reglamento Roma I una disposición de aplicación amplia que regula la mayor parte de relaciones jurídicas internacionales, y un precepto con un alto grado de previsibilidad, puede concluirse que el objetivo de contribuir a la seguridad jurídica de la UE propuesto por el Reglamento Roma I ha sido conseguido.

## 5. La residencia habitual en el Reglamento Roma I.

**218.** La residencia habitual es un “decisivo” punto de conexión del Reglamento Roma I<sup>594</sup>. Así lo establece el propio considerando 38 del Reglamento Roma I al prever que la “seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas...”<sup>595</sup>. Para cumplir con este objetivo, el Reglamento Roma I ha retirado la noción de residencia habitual del Art. 4 como lo traía el CR, y ha establecido en el Capítulo III una disposición autónoma que se encarga de definir la residencia habitual<sup>596</sup>.

**219.** El Art. 19 Reglamento Roma I para definir la residencia habitual establece tres categorías a saber:

---

<sup>594</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, "The Rome I Regulation...", p. 1704. A diferencia del Reglamento 44/2001 donde el punto de conexión decisivo es el domicilio.

<sup>595</sup> Considerando 39 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

<sup>596</sup> M. FONT I MAS, "La noción de la "residencia habitual" de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas en Roma I y la ausencia de coordinación con el Reglamento Bruselas I," en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Madrid, 2009, pp. 133-148, conocr. p. 138.

1. Si se trata de una sociedad, asociación o persona jurídica, la residencia habitual será su administración central. 2. Si se trata de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional, la residencia habitual será el lugar del establecimiento principal de tal persona. 3. Si se trata de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará la residencia habitual el lugar donde se encuentre sita la sucursal, la agencia o el otro establecimiento.

Este concepto de residencia habitual que trae el Art. 19 debe interpretarse de manera autónoma al interior del Derecho de la UE, y por ende, no atenderá a las distintas definiciones que los países miembros tengan sobre dicho precepto<sup>597</sup>.

**220.** El concepto de residencia habitual es utilizado por el Reglamento Roma I en los siguientes casos: para determinar la Ley aplicable a buena parte de los contratos relacionados en el Art. 4.1 Reglamento Roma I, esto es, residencia habitual del vendedor, en la compraventa de mercaderías (Art. 4.1a); la residencia habitual del prestador del servicio, en el contrato de prestación de servicios (Art. 4.1b); la residencia habitual del propietario del inmueble, en el arrendamiento temporal y personal (Art. 4.1d); la residencia habitual del franquiciado, en el contrato de franquicia (Art. 4.1e); y la residencia habitual del distribuidor, en el contrato de distribución (Art. 4.1f). También se utiliza la residencia habitual para establecer la Ley reguladora del contrato cuando éste no puede encuadrarse dentro de la lista de los ocho principales contratos del Art. 4.1 Reglamento Roma I, pero puede determinarse su prestación característica. El Art 4.2 establece que la Ley reguladora del contrato será la

---

<sup>597</sup> *Ibidem*, p. 136.

de la residencia habitual de la parte a quien corresponde realizar la prestación característica del contrato.

**221.** La residencia habitual de una persona física o jurídica no es inmutable, por el contrario, es una circunstancia frecuentemente cambiante. El Reglamento Roma I es consciente que dicho aspecto puede afectar la seguridad jurídica que buscan sus normas, por tal motivo, ha establecido en su Art. 19 el preciso momento en que debe tenerse en cuenta la residencia habitual, como elemento identificador de la Ley aplicable al contrato internacional. Dicho artículo dispone que la residencia habitual debe determinarse en el "momento de la celebración del contrato". En consecuencia, nada interesa al Reglamento Roma I la residencia habitual de las partes con anterioridad o posterioridad a la firma del mismo.

**222.** El Art. 19 establece el concepto de residencia habitual a efectos del Reglamento Roma I, para las sociedades, asociaciones o personas jurídicas, y de la misma forma lo establece para las personas físicas. Conviene ahora profundizar su análisis.

#### **A) La residencia habitual de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas.**

**223.** Para las sociedades, asociaciones o personas jurídicas el Reglamento Roma I determina que su residencia habitual será el lugar de su "administración central". La administración central puede definirse como el lugar desde donde se administra la sociedad, y aquel sitio donde son tomadas todas las decisiones de importancia y trascendencia para la empresa<sup>598</sup>.

---

<sup>598</sup> Vid, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable...", versión *on line*; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 709.



**B) Sociedades, asociaciones o personas jurídicas con sucursales o establecimientos en varios países.**

**224.** Cuando se tienen agencias, sucursales u otros establecimientos en varios países debe operar la regla del Art. 19.2. Dicho precepto establece que si el contrato es celebrado “en el curso de las operaciones” de alguno de estos entes, debe considerarse como residencia habitual, el lugar de ubicación de la agencia, asociación o persona jurídica. Asimismo, si el contrato establece que la prestación debe ser llevada a cabo por dicha sociedad, asociación o persona jurídica, su lugar de ubicación debe considerarse la residencia habitual a efectos del Reglamento Roma I<sup>599</sup>.

**C) La residencia habitual de las personas físicas.**

**225.** El Reglamento Roma I hace una distinción entre las personas físicas que contratan ejerciendo una actividad profesional y las que lo hacen como una actividad netamente personal. Para el primer caso el Reglamento Roma I establece que la residencia habitual será su “establecimiento principal”. En el evento en que un profesional cuente con más de un establecimiento y éstos se encuentren en distintos países, deberá operar lo establecido en el Art. 19.2 Reglamento Roma I. El segundo caso – actividad no profesional- no ha sido abordado por el Reglamento Roma I, por lo que hay que acudir las normas internas de cada Estado miembro<sup>600</sup>.

**226.** Esta disposición a pesar de los evidentes cambios de redacción y ubicación dentro del texto uniforme, reproduce los mismos criterios

---

<sup>599</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 710.

<sup>600</sup> En España opera el Art 40 del Código Civil.

contenidos en el Art. 4 CR, y continúa favoreciendo la “posición jurídica del profesional” al considerar que es la parte contractual que más riesgos asume con la operación comercial. Esto en cuanto a las disposiciones del Art. 4 Reglamento Roma I, puesto que también es claro que existen disposiciones que buscan proteger a la parte débil del contrato (transporte, seguros, consumo y trabajo)<sup>601</sup>.

---

<sup>601</sup> M. FONT I MAS, "La noción de la "residencia habitual" de las sociedades...", p. 139.

## CAPÍTULO III

### LAS NORMAS RÍGIDAS SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y FRANQUICIA EN EL REGLAMENTO ROMA I.

#### I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS. LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL.

**227.** Un destacado sector de la economía mundial que contribuye a la generación de empleo, al crecimiento empresarial, pero por sobre todo, que favorece la integración de la comunidad a través del acercamiento de los bienes y servicios a los consumidores, es la figura de la distribución comercial. Los fabricantes de las mercancías y los creadores de los servicios, aportan el elemento sustancial del comercio mundial, siendo ellos el principal motor que impulsa el crecimiento económico de las naciones. No obstante, el sector de la distribución en sus diversas modalidades, juega un papel decisivo en este engranaje económico mundial, mediante la difusión de los bienes y servicios en los diversos mercados, contribuyendo así, al incremento de los intercambios comerciales. Un intercambio comercial ágil y eficiente, dotado de capacidad para operar en un mercado cada vez más globalizado, favorece enormemente a la comunidad, no solamente porque permite acceder a la población a una gran variedad de bienes y servicios otorgándoles mayores opciones a la hora de satisfacer sus necesidades, sino porque genera una amplia competencia empresarial, que redundará en mayor calidad de los productos, precios justos, y la inclusión de servicios complementarios<sup>602</sup>.

---

<sup>602</sup> J. A. TRESPALACIOS/ V. IGLESIAS/J.M. FERNÁNDEZ POLANCO, *Comprar en Europa. Distribución comercial y conducta de los consumidores*, Síntesis, Madrid, 2001, p.9.

**228.** La distribución comercial tiene como principal objetivo, establecer un puente entre la producción de los bienes y servicios y la comunidad, como consumidora final de los productos<sup>603</sup>. Su misión es superar las barreras existentes entre estos dos sectores de la economía, lo cual produce la introducción de un valor añadido a los productos o servicios, puesto que recortan las distancias entre el proceso de producción y el consumo final, disminuye considerablemente los tiempos de abastecimiento del producto, y permite la adaptación de la mercancía a las necesidades del cliente<sup>604</sup>.

La distribución comercial encierra una enorme multiplicidad de procesos llevados a cabo por el fabricante y por el distribuidor, a fin de cumplir con dos objetivos principales: obtener un rendimiento económico de la operación comercial, y satisfacer eficientemente a sus clientes<sup>605</sup>.

**229.** Las labores de distribución de productos y servicios pueden ser adelantadas mediante dos vías. La primera, es realizada directamente por el fabricante de los productos o servicios, y la segunda, mediante la incorporación de terceros intermediarios. En la actualidad, cada vez es más común que el proceso de distribución sea adelantado por terceros independientes al proceso de producción. Esta situación ha llevado a una especialización en la prestación de este servicio, hasta convertirse en una forma de colaboración empresarial imprescindible en el comercio nacional e internacional.

---

<sup>603</sup> R. BALDI, *El Derecho de la distribución comercial en la Europa Comunitaria*, Editorial Revista de Derecho Privado, Padova, 1987, p. 1.

<sup>604</sup> J. A. TRESPALACIOS/ V. IGLESIAS/J.M. FERNÁNDEZ POLANCO, *Comprar en Europa...*, p. 17.

<sup>605</sup> A. DURAN YAGO, "Contratos internacionales de distribución", en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed, Colex, Madrid, 2006, pp. 413-440, concr. p. 413.

**230.** Precisamente por esta razón, el Reglamento Roma I ha querido prestar especial atención a esta clase de relaciones comerciales, incluyendo a dos de sus principales modalidades dentro de las normas rígidas de elección de la Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección (Art. 4.1 Reglamento Roma I). En efecto, el Reglamento Roma I ha establecido disposiciones que regulan de manera ágil y rígida la Ley aplicable a los contratos de distribución (Art. 4.1.f) y de franquicia, (Art. 4.1.e) para que el operador jurídico no tenga que enfrentarse al problema de identificar la prestación característica en esta clase de contratos, sino que determine su Ley aplicable de manera directa.

La importancia de estos dos contratos internacionales, sumado a que la identificación de su Ley aplicable mediante el CR presentó enormes dificultades, justificaron el nuevo enfoque en la identificación de la *lex contractus* para esta clase de relaciones jurídicas.

**231.** El presente capítulo pretende profundizar en el análisis de la Ley aplicable a los contratos de distribución y de franquicia, puesto que, de las normas rígidas relacionadas en el Art. 4.1 Reglamento Roma I, solo estos dos contratos “eran objeto de debates, o incluso de una jurisprudencia divergente en los Estados miembros”<sup>606</sup>. El estudio partirá del análisis de la ley aplicable a estas figuras contractuales bajo el CR, hasta las importantes modificaciones incluidas en el Art. 4 Reglamento Roma I. Sin embargo, y dado que las características propias de estos contratos, sumado a las complejas prestaciones llevadas a cabo por las partes, llevaron a que la identificación de la prestación característica fuera fuertemente debatida por la doctrina jurídica e interpretada heterogéneamente por los distintos

---

<sup>606</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15.12.2005 COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD), p. 6.

tribunales en la aplicación del Art. 4 CR, es oportuno abordar el estudio de cada una de las figuras contractuales desde su punto de vista conceptual, para posteriormente, emprender el análisis desde la óptica conflictual.

## **II. EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.**

### **1. Introducción.**

**232.** Los contratos de distribución constituyen un elemento esencial del comercio internacional, como medio idóneo para vencer las dificultades geográficas y económicas que supone acceder a un mercado extranjero<sup>607</sup>. Son muchos los problemas que debe afrontar un empresario que pretende acceder a un mercado externo, algunos de ellos son de índole estrictamente económicos, y otros son de naturaleza jurídica. Debido a esto, cuando un fabricante de mercancías toma la decisión de comercializar sus productos fuera de sus fronteras, cuenta con muy pocas posibilidades. Una de ellas es fabricar o distribuir sus productos en el extranjero mediante la utilización de una filial. Esta es una interesante elección para el empresario, ya que en todo momento le permite tener el control de la operación, y de esta manera, proteger eficientemente el desempeño de su marca. Sin embargo, inevitablemente le va a representar unos altos costes de ejecución, por lo que las pequeñas y medianas empresas difícilmente lo podrán llegar a considerar.

La segunda posibilidad, es configurar una red de distribución comercial mediante la utilización de empresas independientes, ubicadas en aquellos países donde se pretende introducir los productos<sup>608</sup>. Esta

---

<sup>607</sup> M. A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, Los contratos de distribución: Agencia mercantil y distribución comercial, en A.L. CALVO CARAVACA/ L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dir.), Contratos internacionales, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1275- 1384, con cr. p. 1278.

<sup>608</sup> A. DURAN YAGO, "Contratos internacionales de distribución...", p. 413.

modalidad de comercialización le representa notables ventajas al fabricante, ya que le permite acceder a mercados a los que difícilmente podría llegar de manera independiente, y disminuye notablemente los costes de la operación de distribución, toda vez que existe una enorme dificultad para la empresa fabricante de la mercancía a la hora de financiar y organizar una red autónoma de ventas en el exterior<sup>609</sup>. Asimismo, con la distribución comercial independiente, se comparten los riesgos de la operación comercial con las empresas distribuidoras, pues ellas se encargan del transporte, almacenamiento, y el cobro de la mercancía a los clientes finales. Adicionalmente, con la utilización de una red de distribución independiente, se mejora la rapidez y la frecuencia en la entrega de las mercancías al destinatario final.

**233.** El vehículo para concretar esta clase de relaciones comerciales internacionales es el contrato de distribución. Mediante él, las partes elevan al mundo jurídico un acuerdo comercial que les es beneficioso a ambos, buscando la seguridad legal que esta clase de relaciones empresariales necesita. Para que un contrato de distribución haya de ser considerado de ámbito internacional, solo será necesario que se presente dentro del mismo, algún elemento de carácter supranacional, sin importar su clase o intensidad. El factor internacional más común y relevante que se presenta en esta clase de contratos, es el mercado donde el intermediario desempeña la labor de distribución de las mercancías<sup>610</sup>. Esto se debe a que su razón de ser, es introducir los productos de manera indirecta en un mercado extranjero<sup>611</sup>. Efectivamente, el objeto de este contrato es la distribución y

---

<sup>609</sup> M. BESCO TORRES, *Contratos internacionales*, Ilex, Madrid, 1993, p. 72.

<sup>610</sup> G. IORIO FIORELLI, "Contratti internazionali di distribuzione: problemi di legge applicabile e di giurisdizione", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, nº 3 (Luglio-Settembre 2007), pp. 633-656.

<sup>611</sup> A. DURAN YAGO, "Contratos internacionales de distribución", p. 415.

reventa de los productos en un territorio determinado, con carácter exclusivo, o sin él. Sin embargo -como se verá-, las labores de la empresa distribuidora no radican exclusivamente en la reventa de la mercancía, también presta servicios de reparación, venta de repuestos, y en fin, múltiples actividades que complementan las labores de distribución<sup>612</sup>.

**234.** Como el contrato de distribución comercial, conlleva un entramado complejo de prestaciones recíprocas entre las partes, surgiendo de ellas distintas modalidades contractuales, se hace necesario delimitar la figura jurídica en estudio, a fin de establecer el ámbito de aplicación de la norma rígida del Art. 4.1f Reglamento Roma I.

## **2. Delimitación conceptual.**

**235.** Los límites conceptuales del contrato de distribución no se encuentran plenamente definidos y presentan en la actualidad muchas dificultades, principalmente porque este contrato no cuenta con una completa tipicidad legal<sup>613</sup>. Por tal motivo, habrá que acudir a la doctrina y a la jurisprudencia, para poder construir sobre sus cimientos una definición de esta figura contractual; sin embargo, se debe recordar que las definiciones de todos los contratos establecidos en el Art. 4.1 Reglamento Roma I no deben extraerse de los Derechos internos, sino que deben atender a criterios interpretativos del propio Reglamento Roma I<sup>614</sup>.

---

<sup>612</sup> *Ibidem*, p. 425.

<sup>613</sup> C. PELLISÉ DE URQUIZA, C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas de Derecho Internacional privado de la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 28.

<sup>614</sup> I. ALONSO MARTÍNEZ, "Criterios jurisprudenciales sobre la indemnización por clientela en los contratos de agencia y distribución", en C. F. MOLINA DEL POZO (dir), *Treinta años de integración Europea*, Juruá, Lisboa, 2009, pp. 553-564, concr. p. 554.



**236.** La expresión “contratos de distribución” tal como lo expone DURAN YAGO, es un concepto bastante amplio que reúne diversas figuras jurídicas de ámbito contractual con rasgos comunes. Dos tendencias de acuerdo a la visión amplia o restringida del concepto prevalecen en la doctrina jurídica actual. En primer lugar, se puede encontrar un concepto amplio del contrato de distribución, en él quedan inmersos todos aquellos contratos mediante los cuales “se instrumenta tanto la distribución directa por órganos extraños, como la indirecta o simbiótica”. De esta forma quedan incluidos dentro del contrato de distribución, los contratos de comisión, agencia, mediación, licencia de marca y suministro<sup>615</sup>. Una segunda interpretación sostiene un concepto restringido de contrato de distribución, donde incluyen solo aquellas relaciones jurídicas en las que el distribuidor opera de manera independiente y autónoma. Aquí se encuentran los contratos de concesión mercantil, distribución autorizada o selectiva, y la franquicia<sup>616</sup>. La concepción restringida del contrato de distribución encuadra perfectamente en el Art. 4 Reglamento Roma I, y es la seguida por la jurisprudencia del CR, por lo tanto, debe prevalecer.

**237.** Antes de continuar, es importante destacar que el contrato de distribución, a pesar de tener algunos elementos característicos de otros contratos como el de la compraventa de mercaderías, o el suministro, en ningún momento puede asimilarse a estos tipos contractuales<sup>617</sup>. Lo anterior, porque el contrato de distribución no encuadra dentro de lo que la

---

<sup>615</sup> A. DURAN YAGO, “Contratos internacionales de distribución...”, p. 414.

<sup>616</sup> *Ibidem*, p. 414.

<sup>617</sup> Algunas sentencias del Tribunal Supremo han considerado al contrato de distribución como un contrato mixto derivado de la compraventa, así pueden verse las sentencias: STS de 16 de noviembre de 2000 RJ 9339; STS de 17 de mayo de 1999, RJ 4046; STS de 14 de noviembre de 1970, RJ 4798; STS de 29 de octubre de 1955, RJ 3090. El Tribunal supremo ha interpretado el contrato de distribución como un contrato de suministro en exclusiva en las sentencias: STS 4 de octubre de 1999, RJ 7011; STS de 17 de diciembre de 1973, RJ 4778. *Vid.* M. BROSETA PONT/ F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho mercantil*, vol II, Tecnos, Madrid, 2011, p. 129.

Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías considera contrato de compraventa, pues no pueden asimilarse las obligaciones de las partes de este contrato, a las obligaciones llevadas a cabo en el contrato de distribución. Tampoco resulta equiparable al contrato de suministro contemplado en el Art. 3 Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, ni al de la simple reventa de productos por parte de un mayorista, puesto que el contrato de distribución se caracteriza por concederle al distribuidor una posición de privilegio, normalmente mediante la concesión de un territorio exclusivo, situación que no es la misma para un empresario que solo compra y revende productos por su propia cuenta<sup>618</sup>.

Lo anterior permite entender que el contrato de distribución, es un contrato con “sustantividad propia” y por lo tanto, requiere de un tratamiento legal independiente al de estas figuras afines<sup>619</sup>.

**238.** Los contratos de distribución pueden definirse como contratos mercantiles de duración determinada o indeterminada, por medio de los cuales un distribuidor empresario de la intermediación, se obliga de manera autónoma e independiente a promover y comercializar productos o servicios, incluida la distribución, venta y post-venta de un determinado sector comercial, bajo unas directrices precisas otorgadas por el fabricante-concedente, con la finalidad de obtener una ganancia por la operación de comercialización<sup>620</sup>.

---

<sup>618</sup> G. IORIO FIORELLI, "Contratti internazionali di distribuzione: problemi di legge applicabile...", pp. 633-656.

<sup>619</sup> J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000, p. 36.

<sup>620</sup> Vid. M. A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, "Los contratos de distribución: Agencia mercantil...", conr. p. 1343; STS 990/1995 de 8 noviembre RJ 1995\8637; que para otorgar la definición del contrato de distribución se apoya en el Reglamento (CE) 1475/1995, de 28 de junio - LCEur\1995\1325, sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a

**239.** De acuerdo a esta definición general se pueden extraer los rasgos básicos de este tipo contractual:

- El contrato de distribución es un contrato de “colaboración” entre empresarios independientes, con el objetivo principal de promocionar y distribuir “productos o servicios bajo una marca de prestigio”<sup>621</sup>.

- El distribuidor o “concesionario actúa por cuenta propia”, pues su actividad comercial la efectúa principalmente cuando “adquiere del principal y revende” sus productos, o presta los servicios. Esta es la principal diferencia con otros contratos de colaboración empresarial que cuentan con rasgos muy similares, siendo el contrato de agencia el más próximo<sup>622</sup>. Pero éste a diferencia del contrato de distribución, “promueve actos y operaciones de comercio por cuenta de su principal o los promueve y concluye en nombre y por cuenta de éste”<sup>623</sup>.

- Por medio del contrato de distribución se configura una relación “estable, continuada y duradera en el tiempo” entre suministrador y distribuidor. Esta circunstancia es vital para los contratantes, pues el concedente puede, mediante una relación comercial a largo plazo, analizar el desenvolvimiento del negocio en el territorio asignado, evaluando el “grado de penetración” de sus mercancías. Por su parte el distribuidor, con

---

determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles, DOL 29 junio 1995, núm. 145, [pág. 25, Núm. Págs. 10].

<sup>621</sup> A. DURAN YAGO, “Contratos internacionales de distribución...”, p. 423.

<sup>622</sup> Sobre la diferencia del contrato de distribución y el de agencia pueden verse las sentencias: STS Civil. 428/1999 de 17 mayo RJ 1999\4046; STS Civil 1053/2000 de 16 noviembre RJ 2000\9339; STS Civil, Sentencia núm. 28/2002 de 28 enero RJ 2002\2305; STS, Civil, 43/2004 de 9 febrero RJ 2004\1189.

<sup>623</sup> STS 1009/2005 de 16 diciembre RJ 2006\155.

una relación duradera, protege su elevada inversión y garantiza la consecución y protección de su clientela<sup>624</sup>.

- En el contrato de distribución, su “objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente”, de acuerdo a unas directrices establecidas contractualmente para la correcta distribución de sus mercancías, en orden a preservar el prestigio de su marca<sup>625</sup>. Estas orientaciones están encaminadas a regular la forma de cobrar las mercancías a los clientes finales, sugerir su precio en el mercado, la publicidad y el servicio post-venta<sup>626</sup>. Las ganancias que obtiene el distribuidor no radican en una comisión por las ventas, sino que el producto de sus ingresos está dado por la diferencia entre el precio de “suministro” y el de la reventa<sup>627</sup>.

- El contrato de distribución puede contener una cláusula de exclusividad en dos vías. La primera, cuando el concedente se compromete exclusivamente a entregar sus productos para su reventa a una sola empresa distribuidora en un territorio determinado. La segunda, cuando el distribuidor se compromete a comprar y distribuir productos de un único concedente en un territorio previamente establecido. De esta forma, los contratantes pueden tomar la decisión de incluir al interior de su contrato alguna cláusula de exclusividad, o restringir aún más su relación contractual incluyendo las dos<sup>628</sup>. Sin embargo, es importante destacar que estos pactos de exclusividad pueden derivar en la violación del principio de la libre

---

<sup>624</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ R. ARENAS GARCÍA/ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 1ª ed, Iustel, 2007, p. 509.

<sup>625</sup> STS 990/1995 de 8 noviembre RJ 1995\8637.

<sup>626</sup> M. BROSETA PONT/ F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho mercantil...*, p. 128.

<sup>627</sup> A. DURAN YAGO, “Contratos internacionales de distribución...”, p. 423.

<sup>628</sup> *Ibidem*, p. 423.

competencia, incidiendo en la Ley 15/ 2007 de la defensa de la competencia. Por tal motivo, estos contratos son considerados “lícitos” mientras cumplan con las normas de la UE sobre la materia, como el Reglamento referente a la distribución exclusiva y compra exclusiva (Reglamento 19/65 CEE) posteriormente modificado por el Nº 1215/1999 y posteriores; así como el Reglamento 330/2010 de 20 de abril, sobre exención por categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas<sup>629</sup>.

-El distribuidor-concesionario adquiere las mercancías entregadas por el concedente “en firme” y las revende a sus propios clientes, pero siempre bajo la marca del concedente<sup>630</sup>. Por tal motivo, asume (en principio) el riesgo del transporte, recepción, almacenamiento, cobro del precio, y saneamiento respecto de su propia clientela<sup>631</sup>.

**240.** Todas estas características permiten apreciar el grado de complejidad de esta relación comercial, y entender que es una figura contractual con rasgos propios perfectamente diferenciables de otros contratos de colaboración empresarial.

### **3. Obligaciones de las partes.**

**241.** Los contratos de distribución son contratos dotados de un alto grado de complejidad, toda vez que incorporan un sinnúmero de obligaciones recíprocas entre las partes. Este entramado de prestaciones,

---

<sup>629</sup> F. SÁNCHEZ CALERO/ J. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol II, 34ª ed, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 245.

<sup>630</sup> L. ANGULO RODRÍGUEZ, “Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración”, en G.J. JIMENEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, 2009, pp. 281-298, concr. p. 286.

<sup>631</sup> Vid. M. BROSETA PONT/ F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho mercantil...*, p. 128; L. ANGULO RODRÍGUEZ, “Colaboradores del empresario y otros contratos de...”, p. 286.

todas ellas de gran importancia en la relación contractual, impidieron que en la aplicación del Art. 4.2 CR, existiera una interpretación uniforme de la parte que llevaba a cabo la prestación característica del contrato, dado que existía un equilibrio entre las partes. Por esta razón, se hace oportuno ahondar en las distintas obligaciones llevadas a cabo, tanto por el distribuidor de las mercancías, como el concedente o fabricante.

### **A) Obligaciones del distribuidor.**

**242.** Aunque cada contrato tiene sus características diferenciadoras, se considera que las principales obligaciones del distribuidor son las siguientes: la principal obligación del distribuidor es la realización de las labores de distribución y reventa de la mercancía comprada exclusivamente al fabricante durante el tiempo acordado, manteniendo de un *stock* mínimo del producto<sup>632</sup>. Estas funciones de distribución y reventa se deben hacer bajo la marca o representación de la empresa fabricante. Adicionalmente, el distribuidor tiene la obligación de publicitar las mercancías, otorgar toda la garantía a los clientes finales<sup>633</sup>. Debe mantener informado al concedente sobre el desenvolvimiento de la labor de distribución, tener instalaciones adecuadas para el almacenaje de la mercancía, y en general, para el desarrollo del negocio, y otorgar asistencia técnica a sus clientes antes y después de la venta<sup>634</sup>. Por último, también es obligación del distribuidor “soportar el riesgo y ventura de los contratos de venta celebrados, y garantizar el saneamiento por vicios o defectos ocultos de los productos vendidos”<sup>635</sup>.

---

<sup>632</sup> A. DURAN YAGO, “Contratos internacionales de distribución...”, p. 425.

<sup>633</sup> M. BESCO TORRES, *Contratos internacionales...*, p. 74.

<sup>634</sup> *Vid.*, H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1 nº1, 2009, p. 22; STS Civil, de 14 de febrero de 1997 RJ 1997/1418.

<sup>635</sup> STS, Civil, de 9 febrero de 2004 RJ 2004\1189.

## **B) Obligaciones del concedente.**

**243.** La principal obligación del concedente consiste en el suministro de las mercancías al distribuidor, de acuerdo a la cantidad, calidad, y periodicidad pactadas en el contrato. De igual forma, el concedente tiene unas obligaciones anexas, como la de brindar toda la información necesaria al distribuidor para el correcto desempeño de la labor de distribución de sus mercancías; si el contrato contempla una cláusula de exclusividad a favor del distribuidor, el concedente tiene la obligación de no suministrar sus mercancías a otros distribuidores en el territorio y tiempo establecido. Si el concedente de las mercancías es el mismo fabricante, tiene la obligación de otorgar la garantía de sus productos<sup>636</sup>.

## **4. Clases de contrato de distribución.**

**244.** Son tres las clases de distribución que se pueden encontrar en el comercio internacional, siguiendo al profesor VICENT CHULIÁ<sup>637</sup>:

1. La primera de ellas es la “distribución selectiva o a través de distribuidores autorizados”. En este tipo de contrato de distribución, el concedente o fabricante no otorga una exclusiva zona o territorio para que el distribuidor pueda ejercer las labores de reventa de las mercancías del concedente.

2. La segunda es la “distribución exclusiva”. Aquí el concedente entrega al distribuidor una zona para que sea exclusivamente explotada por el distribuidor en la reventa de sus productos. Este tipo de distribución le representa un valor añadido al distribuidor, ya que al poseer un territorio propio e independiente para llevar a cabo su labor de reventa de los

---

<sup>636</sup> A. DURAN YAGO, “Contratos internacionales de distribución...”, p. 426.

<sup>637</sup> F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho mercantil*, 21ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 975.

productos, y no tendrá que competir con el fabricante u otros distribuidores de las mismas mercancías<sup>638</sup>.

3. La tercera categoría la constituye la distribución en franquicia. Donde el franquiciador transfiere al franquiciado un modelo de negocio que incluye el uso de la marca, signos, *know how*, formación, asistencia técnica, entre otras, y el franquiciado se obliga a comercializar los bienes o servicios del franquiciador y a pagar una suma de dinero al franquiciador<sup>639</sup>.

**245.** Teniendo ya estos parámetros generales del contrato de distribución, se puede abordar el estudio de la designación de la Ley aplicable a este contrato bajo el Convenio de Roma de 1980, como antecedente necesario para entender las modificaciones introducidas en el Art. 4.1 Reglamento Roma I.

## **II. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN DEFECTO DE ELECCIÓN EN EL CONVENIO DE ROMA DE 1980.**

### **1. Consideraciones iniciales.**

**246.** El contrato de distribución forma parte de un grupo específico de contratos en donde la “heterogeneidad de prestaciones” llevadas a cabo por los contratantes, hace que el tribunal a la hora de determinar cuál de las partes desarrolla la prestación característica del contrato, encuentre grandes dificultades<sup>640</sup>. Por este motivo, la Ley aplicable al contrato de distribución

---

<sup>638</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica I: Los Contratos internacionales de Distribución", en CALVO CARAVACA, A.L. / AREAL LUDEÑA, S. (dir.), Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional, Colex, Madrid, 2005, pp. 349-370.

<sup>639</sup> *Ibidem*, pp. 349-370.

<sup>640</sup> J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil...*, p. 71.



mediante el CR, mantuvo un amplio y fuerte debate doctrinal sobre la aplicación de la teoría de la prestación característica<sup>641</sup>. Sin embargo, se debe resaltar que esta tarea no era sencilla. En primer lugar, porque establecer el centro de gravedad en el contrato de distribución, para determinar sobre cuál de las partes recaía la prestación característica, era una labor titánica, ya que –como se vio- las partes del contrato llevan a cabo una multiplicidad de obligaciones, todas ellas de gran importancia para el fin contractual, y aunque existen unas prestaciones base, algunas otras no siempre están claramente definidas. Otra razón que contribuyó a dificultar la aplicación de la prestación característica en este contrato, fue el hecho de que algunos tribunales tenían influenciadas sus decisiones por parámetros de jurisdicción. Y finalmente, otro factor decisivo, fue la definición misma de la teoría de la prestación característica, que presentaba especial dificultad en este tipo de contratos<sup>642</sup>.

**247.** De acuerdo a lo anterior, dos fueron las principales tendencias interpretativas respecto de la aplicación de la teoría de la prestación característica en el contrato de distribución. La primera, entendía que el contrato de distribución sí contaba con prestador característico. Sin embargo, no hubo unanimidad en cuál de las partes del contrato era la que llevaba a cabo la prestación que caracterizaba la relación contractual, ya que un sector consideraba que el prestador característico era el concedente, mientras que otro, pensaba que la prestación característica la llevaba a cabo el distribuidor. La segunda tendencia, consideraba que el contrato de distribución no tenía un prestador característico, y por lo tanto, debía acudir al Art. 4.5 CR como cláusula de cierre, para que por medio de la

---

<sup>641</sup> M.E. ANCEL, "The Rome I Regulation and distribution contracts", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 10, 2008, pp. 221-231, conc. p. 222; D. BUREAU/ H. MUIR WATT, *Droit international privé ...*, p. 309.

<sup>642</sup> M.E. ANCEL, "The Rome I regulation and distribution contracts", p. 223.

regla de los vínculos más estrechos, se estableciera la Ley del contrato. Se abordará el estudio de cada una de ellas.

## **2. El contrato de distribución tenía prestador característico.**

### **A) El prestador característico era el concedente.**

**248.** Los que defendían esta tesis exponían que mediante la utilización del Art. 4.2 CR podía afirmarse, en primer lugar, que el contrato de distribución tenía prestación característica. En segundo término, manifestaban que la prestación característica de este contrato era la ejecutada por el concedente<sup>643</sup>.

**249.** Existían muchos argumentos que reconocían que la prestación característica del contrato de distribución la llevaba a cabo el fabricante o concedente. Los principales eran los siguientes.

En primer lugar, se entendía que el concedente era el prestador característico atendiendo al objetivo perseguido con el contrato, puesto que como el fin último de la relación contractual era la distribución de bienes, sin la parte que fabrica o entrega las mercancías, no podría adelantarse las labores de distribución<sup>644</sup>. Por esta razón, la función del concedente se constituía en la esencia de la relación jurídica. Asimismo, el concedente era quien toma la iniciativa para organizar la red de distribución, y quien firmaba los contratos para concretarla. Por lo tanto, la Ley de la residencia habitual de dicha parte contractual, debía ser la encargada de regular el contrato. Se consideraba que el concedente llevaba a cabo las prestaciones más

---

<sup>643</sup> Sobre las distintas interpretaciones de la prestación característica en el contrato de distribución, puede verse, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica I: ...", pp. 349-370.

<sup>644</sup> J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p.522.

complejas de la relación contractual, ya que éstas iban más allá de la sola entrega de la mercancía, pues muchas de ellas estaban encaminadas a proporcionar formación en cuanto al manejo de las mercaderías, su publicidad, el manejo de la marca, y tal vez la más importante, otorgar la protección territorial<sup>645</sup>.

**250.** Al establecerse que la prestación característica del contrato de distribución recaía sobre el concedente, se estaba propugnando por la seguridad jurídica y la previsibilidad del Derecho aplicable, pues de esta forma, todos los contratos de distribución concluidos por el concedente se regulaban por una sola Ley estatal, la de la residencia habitual o sede del concedente. No importaría entonces que existiese una multiplicidad de contratos entre las mismas partes, o que el concedente contase con una extensa red de distintos distribuidores en diversos Estados, pues la Ley que regularía todos estos contratos, a falta de elección por las partes, sería siempre la misma, la de la residencia habitual del concedente o fabricante de las mercancías. Por último, con la Ley de la residencia habitual del concedente o fabricante, se eliminaba el problema de la identificación de la Ley aplicable cuando el establecimiento del distribuidor era “indeterminado”, “inestable” o “desconocido”<sup>646</sup>.

**251.** La aplicación de la Ley de la residencia habitual del concedente, fue la tesis sostenida por los tribunales de Francia, Italia y en menor medida Inglaterra<sup>647</sup>. La posición jurídica tomada por un tribunal Inglés en *Print Concept GmbH v G.E.W. (EC) Limited*, muestra el argumento principal que respaldaba la decisión, de que el prestador característico en el

---

<sup>645</sup> J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil...*, p. 81.

<sup>646</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica I: ...", pp. 349-370.

<sup>647</sup> T. RAUSCHER, *Europäisches zivilprozess- und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR...*, p. 217.

contrato de distribución fuese el fabricante-concedente<sup>648</sup>. Se trataba de un litigio por un contrato de distribución exclusiva entre un fabricante inglés y una empresa distribuidora alemana. Dicho contrato había sido firmado para introducir los productos del fabricante inglés en todos los países europeos de habla germana. La posición jurídica del distribuidor alemán reconocía que la prestación característica del contrato era la distribución de la mercancía, y por lo tanto, la Ley alemana debía gobernar el contrato. Por su parte, el fabricante inglés consideraba que la fabricación y entrega de las mercancías, constituía la prestación característica en el contrato de distribución. Finalmente, el tribunal inglés le da la razón al fabricante de las mercancías sosteniendo que es él quien lleva a cabo la prestación característica del contrato, en los siguientes términos: “As it seems to me, the “real meat” of the arrangement of that date, to adopt the phrase of Messrs Forsyth and Moser in their useful article entitled *The Impact of the Applicable Law of Contract on the Law of Jurisdiction under the European Conventions* (1996) 45 ICLQ 190, was the supply of the products rather than the penetration of the German market. No doubt they were both important; but the penetration of the German market could not even take place without the supply and purchase of the drying systems...”

Como se puede apreciar, el principal argumento que esgrime el tribunal, es que no puede haber distribución sin mercancías a distribuir, y por tal motivo, considera que la obligación de suministrar la mercancía prevalece sobre la obligación de distribución.

**252.** De la misma forma, la sentencia *Ammann-Yanmar v. Swaans BVA* sostiene que la prestación característica la lleva a cabo el proveedor de

---

<sup>648</sup> *Print Concept GmbH v. G.E.W. (EC) Limited* [2001] EWCA CIV 352 Court of Appeal (Civil Division) 2 March 2001 2001 WL 239668.

las mercancías: “concerning distribution contracts, the obligation to provide products is the characteristic obligation”. Se trataba de una compañía francesa fabricante de máquinas para la construcción, la cual firmó un contrato de distribución exclusiva de sus productos con una compañía Belga, para distribuir sus productos en ese país. La empresa francesa decidió rescindir el contrato, por lo que la empresa belga demanda el pago de daños y perjuicios por el incumplimiento de una cláusula que establecía la obligación de dar aviso de la terminación un año antes. El tribunal estableció que la prestación característica del contrato la llevaba a cabo la empresa francesa, por esta razón aplicó dicha Ley para dirimir el litigio<sup>649</sup>.

Así lo determinaron también las siguientes sentencias: Cour de cassation (1 re Ch. Ci v.). - 25 novembre 2003<sup>650</sup>, CA Paris, February 20, 2008, Orthogese v Stratec Medical<sup>651</sup>, Corte di cassazione de 14 de septiembre de 1999, imperial Bathroom Company Plc. v. Canitari Pozzi Spa<sup>652</sup>, Optelec v. Modtronics<sup>653</sup>.

---

<sup>649</sup> Cass. civ. I, November 25 2003, Ammann-Yanmar v. Swaans BVA.

<sup>650</sup> Un contrato de distribución entre una empresa Francesa y un distribuidor Belga, el tribunal estima que la parte que realiza la prestación característica del contrato de distribución es la empresa que suministra las mercancías. *Vid.* Rev. crit. DIP. 93 (1) janvier-mars 2004.

<sup>651</sup> Un contrato de distribución entre un fabricante Francés y un distribuidor Belga, el tribunal concluye que la prestación característica en un contrato de distribución exclusiva es el abastecimiento del producto, y en este caso el fabricante tiene su sede al momento de conclusión del contrato en Francia dicha ley debe regir el contrato. *Vid.* Y. LAHLOU/ M. MATOUSEKOVA, *Chronique de droit international prive applique aux affaires*”, *De Droit des affaires internationales*, nº 5, 2008, p. 677.

<sup>652</sup> Se trataba de un contrato celebrado entre una compañía inglesa y una italiana, donde la empresa inglesa se comprometía a comprar y distribuir productos de la compañía italiana en el mercado Ingles, adquirir un mínimo de productos al año y pagar en los plazos establecidos. La compañía italiana demanda ante sus tribunales por incumplimiento de contrato. El tribunal al analizar el contrato, hace un fraccionamiento de las obligaciones, y dota de total importancia a la compraventa en perjuicio de la obligación de distribución, para luego establecer la prestación característica en la obligación de comprar los productos, pero la localiza en el lugar de su ejecución, pues es allí donde el contrato presenta una vinculación más estrecha. Por tal motivo aplica el derecho Italiano, lugar del concedente. Un análisis de esta sentencia puede verse en en, L. F. CARRILLO POZO, "Rigor Mortis. (La ley al contrato a falta de elección en los trabajos...)", p. 36.

## **B) El prestador característico era el distribuidor.**

**253.** Una segunda tendencia respaldada por la doctrina y la jurisprudencia, afirmaba que el contrato de distribución sí tenía prestación característica, pero que dicha prestación la desarrollaba el distribuidor<sup>654</sup>. Consideraban que las obligaciones de distribución (promoción y reventa de las mercancías) constituían una “actividad funcional y económicamente más significativa” dentro de la relación contractual<sup>655</sup>. Por lo tanto, y de acuerdo al Art. 4.2 CR, la Ley de la residencia habitual o administración central de la empresa distribuidora debía regular el contrato. Diversas razones respaldaron esta teoría:

### **a) Razones de índole funcional.**

**254.** Las prestaciones llevadas a cabo en el contrato de distribución están orientadas a cumplir con un objetivo principal: la distribución de los

---

<sup>653</sup> Esta es una decisión de la Corte de Casación Francesa sobre un contrato de distribución en exclusiva entre un fabricante de los Países Bajos y un distribuidor Francés, donde la Corte determinó que la prestación característica la llevaba a cabo el fabricante Francés. *Optelec v. Modtronics*, [2003] 1L Pr 4.

<sup>654</sup> Con esta postura puede verse: “...considérer comme applicable dans les contrats de distribution commerciale la loi de l'établissement du distributeur”, P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé ...”, p. 309; “Therefore it still makes sense to argue that the law of the location of the distributor should be applied”. D. MARTINY, “The applicable law to contracts in the absence of choice (Art. 4 Rome Convention...”, p.18; “El Art. 4.2 CR nos lleva a la aplicación de la ley del lugar donde el distribuidor-concesionario, como elemento personal del contrato que realiza la prestación característica, tiene su establecimiento principal.” J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil...*, p. 99; A. DURAN YAGO, “Contratos internacionales de distribución...”, p. 437; “La prestación característica en los contratos de distribución comercial debe considerarse constituida por la actividad que el distribuidor-colaborador desarrolla en ejecución del contrato.” R. BALDI, *El Derecho de la distribución comercial...*, p. 194; R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law...*, p. 183; G. IORIO FIORELLI, “Contratti internazionali di distribuzione: problemi di legge applicabile...”, pp. 633-656; P. KAYE, *The new private international law...*, p. 193.

<sup>655</sup> J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil...*, p. 75.

bienes<sup>656</sup>. El distribuidor se encuentra obligado a promocionar y comercializar la mercancía entregada por el concedente, funciones que no cabe duda, benefician a las dos partes contractuales, puesto que el distribuidor obtiene ganancias mediante la reventa de los productos, mientras que el concedente se beneficia de una red de distribución estable de sus mercancías<sup>657</sup>. Con este punto de vista, se estaba reconociendo el papel fundamental que cumplen los intermediarios en el comercio transnacional<sup>658</sup>.

En suma, se consideraba que las distintas obligaciones llevadas a cabo por el distribuidor, (mantenimiento de red de ventas, depósito de mercancías, suficiente *stock* del producto, servicio técnico de venta y post venta, entre otras) le otorgaban la calificación de sujeto activo y prestador característico en el contrato de distribución<sup>659</sup>.

#### **b) Razones de índole conflictual.**

**255.** Aplicar la Ley del distribuidor representaba múltiples ventajas de índole conflictual, puesto que era una conexión perfectamente previsible a las partes del contrato, lo que les permitía orientar su comportamiento comercial hacia dicha normativa<sup>660</sup>. De la misma forma, se consideraba que

---

<sup>656</sup> D. MARTINY, "The applicable law to contracts in the absence of choice (Art. 4 Rome Convention...)", p. 17; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil...*, p. 76.

<sup>657</sup> J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil...*, p. 77.

<sup>658</sup> A. DURAN YAGO, "Contratos internacionales de distribución...", p. 437.

<sup>659</sup> J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil...*, p. 78.

<sup>660</sup> A. DURAN YAGO, "Contratos internacionales de distribución...", p. 437.

la sede del distribuidor era el “centro de gravedad” del contrato, esto lo afirmaban teniendo en cuenta el fin económico contractual<sup>661</sup>.

**256.** Esta interpretación fue sostenida en múltiples sentencias por los jueces de los Estados parte. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona era una de ellas<sup>662</sup>. Se trataba de un contrato de distribución exclusiva entre una empresa alemana y distribuidor español, donde se discutía la competencia de los tribunales españoles. El juez debía establecer el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base para la demanda, para lo cual utilizó el CR. El juez analizó el Art. 4.2 CR para establecer cuál de las partes llevaba a cabo la prestación característica del contrato. De acuerdo a esto, estableció que la prestación característica era la que llevaba a cabo el distribuidor, y como éste tenía su residencia habitual en España, la Ley aplicable al contrato fue la española.

La misma postura puede verse en la sentencia *Parfums v. SAS Parfums Nina Ricc*. En un litigio por un contrato de distribución exclusiva entre una empresa francesa (fabricante) y una empresa austriaca (distribuidor), el tribunal entendió que la prestación característica la llevaba a cabo la empresa distribuidora de la mercancía, y por este motivo, aplicó la Ley austriaca para dirimir el conflicto sobre la terminación del contrato de distribución exclusiva<sup>663</sup>. De la misma forma, *Multi-members court of first instance of Piraeus*<sup>664</sup>, *Elinga BV v British Wool International*<sup>665</sup>.

---

<sup>661</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica I...", pp. 349-370.

<sup>662</sup> SAP, Barcelona, de 28 de abril de 2000.

<sup>663</sup> Paris, 5 th ch .B, 30 September 2004, *WS Parfums v. SAS Parfums Nina Ricc*, *vid. A. MOURRE/ Y. AHOU*, "Chronicle of Private International Law applied to business", *De Droit des affaires internationales*, No 4, 2005, version *online*.

<sup>664</sup> Contrato de distribución exclusiva, donde la Corte al analizar la prestación característica del contrato determina que es aquella que lleva a cabo el distribuidor de las mercancías, y



### 3. El contrato de distribución no tenía prestación característica.

**257.** Esta visión doctrinal entendía que al contrato de distribución no se le podía determinar la prestación característica. El principal argumento radicaba en que atendiendo al informe oficial anejo al CR, donde la obligación que caracteriza el contrato era la no pecuniaria, se debe concluir que el contrato de distribución no cumple con este esquema de simple intercambio de bienes o servicios por dinero, pues presenta una estructura de obligaciones recíprocas de carácter complejo, y por lo tanto, el Art. 4.2 CR resulta “poco adaptado a sus necesidades”<sup>666</sup>. Por otra parte, si se analizan las obligaciones llevadas a cabo por las partes, como indicio para establecer cuál de ellas lleva a cabo las obligaciones más complejas y por ende las que caracterizan el contrato, se debe rechazar tal propósito, ya que en el contrato de distribución las dos partes llevan a cabo una diversidad de obligaciones, todas ellas de alta complejidad y en condición de igualdad<sup>667</sup>.

**258.** Para J.CARRASCOSA, el problema de la prestación característica en el contrato de distribución, atendió a la lucha entre simpatizantes de aplicar la Ley del distribuidor, *versus*, los simpatizantes de aplicar la Ley del concedente, incluyendo dentro de ellos a los propios tribunales. Y aunque las partes exponían razones de peso para defender una u otra interpretación, lo cierto es que el contrato de distribución en el CR carecía

---

como en este caso el distribuidor tenía su sede en Grecia dicha ley se aplicó para dirimir el conflicto. Multi-members court of first instance of Piraeus 3496/2007.

<sup>665</sup> Se trataba de un contrato de distribución exclusiva entre una compañía inglesa (fabricante de ropa) y una empresa de los Países Bajos. (distribuidora) La Corte de los Países Bajos concluye que el prestador característico era el distribuidor de las mercancías, por tal motivo su ley regularía el contrato. *Vid.* R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law ...*, p. 183.

<sup>666</sup> C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas...*, p. 201.

<sup>667</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 700.

“de prestación característica”<sup>668</sup>. Esta corriente doctrinal que reconocía que el contrato de distribución no tenía prestador característico, mantenía dos posiciones a la hora de establecer la Ley que regulaba el contrato de distribución:

#### **A) Nueva presunción basada en el Art. 4.5 del Convenio de Roma.**

**259.** Esta primera posición, reconocía que la jurisprudencia mayoritariamente se decantaba por establecer la Ley del establecimiento del distribuidor, como aquella que debería regular el contrato. De la misma forma, observaba que existía también la tendencia a aplicar la Ley del lugar donde se ejercía la propia actividad de distribución. Estos dos aspectos permitían llegar a la conclusión de que existía una marcada tendencia a presumir que el contrato de distribución tenía los vínculos más estrechos con la Ley del país del establecimiento del distribuidor.

En conclusión, como era imposible aplicar la presunción del Art. 4.2 CR a los contratos de distribución, y existía la fuerte tendencia a aplicar la Ley de la sede del distribuidor, se debía acudir al Art. 4.5 y formar una nueva presunción que indicase que los vínculos más estrechos del contrato de distribución, se tenían con la Ley del Estado donde se encontraba el establecimiento principal del distribuidor, y dicha Ley regiría el contrato<sup>669</sup>.

#### **B) Determinación de la Ley aplicable caso a caso.**

---

<sup>668</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica I...", pp. 349-370.

<sup>669</sup> Vid. C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas...*, pp. 206 y ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica I: ...", pp. 349-370.

**260.** Esta postura doctrinal manifestaba que como era inoperante la presunción establecida en el Art. 4.2 CR, dado que no se podía establecer un prestador característico en los contratos de distribución, y que no se podían construir presunciones por fuera de lo establecido en el Art. 4 CR, se debía determinar la Ley aplicable al contrato mediante el Art. 4.5 CR, pero ya no como una nueva presunción, sino identificando caso a caso la Ley del país con el que el contrato presentase los “vínculos más estrechos”, puesto que el resultado de la aplicación de esta regla, solo dependería de las circunstancias propias de cada contrato en particular<sup>670</sup>.

**261.** En conclusión, bajo la aplicación jurídica del CR el contrato de distribución presentó graves problemas para establecer la ley aplicable en defecto de elección, y dicha circunstancia, provocó inseguridad jurídica en la UE, puesto que los contratantes no podían prever la ley que regularía su contrato de distribución internacional. Para potenciar la seguridad jurídica mediante la previsibilidad de la ley aplicable al contrato de distribución, el Reglamento Roma I, ha incorporado este tipo contractual dentro del listado de ocho contratos a los que se le establece la ley aplicable de manera rígida.

### **III. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN EL REGLAMENTO ROMA I.**

#### **1. Aspectos introductorios.**

**262.** Con la entrada en vigor del Reglamento Roma I queda zanjada la discusión acerca de la forma de establecer la Ley aplicable al contrato internacional de distribución, puesto que el Art 4.1f del Reglamento Roma I, designa de manera rígida la Ley de la residencia habitual del “distribuidor”,

---

<sup>670</sup> Con esta postura, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica I: ...", pp. 349-370; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 700.

como la norma que debe regir el contrato de distribución. La designación rígida de la Ley aplicable al contrato de distribución, es una buena respuesta a las necesidades de certeza y previsibilidad de de la Ley aplicable a este contrato, y es el reconocimiento de que esta relación jurídica, debe tener un “tratamiento conflictual diferente”; situación que –como se vio- no era la misma bajo el CR<sup>671</sup>. Asimismo, la introducción de esta norma rígida protege los intereses del distribuidor sin perjudicar los intereses del proveedor, pero lo que es más importante, tal como lo resalta H. KENFACK, es que esta solución “proporciona seguridad jurídica”<sup>672</sup>.

**263.** Varias son las razones que impulsaron al legislador de la UE a establecer de forma rígida la Ley aplicable al contrato de distribución:

-En primer lugar, aparece la seguridad jurídica de la UE. Un punto de conexión rígido que es previamente conocido por las partes del contrato y por los tribunales, ayuda a conseguir una mayor uniformidad interpretativa por parte de los jueces de los Estados miembros, y esto indudablemente potencia la seguridad jurídica de la UE. Adicionalmente, se considera que la Ley del distribuidor es la más cercana a la relación jurídica, y por lo tanto, no podría prosperar fácilmente la exclusión de dicha Ley mediante la cláusula de excepción<sup>673</sup>. Por lo tanto, la designación rígida de la ley de la residencia habitual del distribuidor, fortalece la previsibilidad de la ley aplicable a este contrato, y soluciona, los distintos problemas presentados en la aplicación de la presunción en el Art. 4 CR.

---

<sup>671</sup> Vid, G. IORIO FIORELLI, "Contratti internazionali di distribuzione: problemi di legge applicabile...", pp. 633-656; H. AGUILAR GRIEDER, "Los contratos internacionales de distribución comercial en...", p. 33.

<sup>672</sup> H. KENFACK, "Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin...",p. 23.

<sup>673</sup> M.E. ANCEL, "The Rome I Regulation and distribution contracts", p. 227.

-Otra razón de peso fue, sin duda, el hecho de proteger a la parte débil de la relación contractual, el distribuidor<sup>674</sup>. El legislador de la UE ha entendido que el distribuidor ostenta una posición negocial débil en esta clase de contratos, así lo reconoce en la Propuesta de Reglamento Roma I<sup>675</sup>. Por ello, ha querido protegerlo estableciendo que la Ley de su residencia habitual regule el contrato. Sin embargo, y aunque la Ley de su residencia habitual “no es siempre la que más protege al distribuidor”, si es su Ley más próxima, y por ende, la que le es más familiar<sup>676</sup>.

Sin embargo, el hecho de favorecer al distribuidor con el argumento de que debe ser protegido por ser la parte débil del contrato, no resulta muy apropiado. En efecto, tanto el concedente de las mercancías, como el distribuidor asumen riesgos en la operación comercial transnacional, y no se ha podido establecer un verdadero desequilibrio contractual que deba compensarse con la designación de la Ley de la residencia habitual de una de las partes<sup>677</sup>. Mucho menos si se tiene en cuenta “el poder económico de algunos distribuidores”<sup>678</sup>.

-La certeza de resultado es otro de los factores que motivaron la designación rígida de la Ley aplicable al contrato de distribución. El

---

<sup>674</sup> U. MAGNUS, Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence...”, p. 42; En el mismo sentido, *vid.* A. DURAN YAGO, “Contratos internacionales de distribución...”, p. 438.

<sup>675</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15.12.2005 COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD), p. 6.

<sup>676</sup> *Vid.* M.E. ANCEL, “The Rome I Regulation and distribution contracts”, p. 226, en el mismo sentido, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en...”, p. 33.

<sup>677</sup> Con esta opinión, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p.190.

<sup>678</sup> P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement...”, p. 339.

Considerando 17 Reglamento Roma I reconoce que el contrato de distribución es un contrato de prestación de servicios, y en tal medida, como lo expresan los profesores A. CALVO y J. CARRASCOSA, sino se hubiese regulado de manera autónoma el contrato de distribución, debería acudir a la regla fija del contrato de prestación de servicios Art. 4.1.b Reglamento Roma I, y en tal caso, prosperaría la inseguridad jurídica, puesto que algunos tribunales estimarían que el prestador del servicio sería el concedente, mientras que otros dirían que era el distribuidor. Por tal motivo, y procurando la certeza del resultado, el legislador de la UE ha establecido la disposición rígida para los contratos de distribución<sup>679</sup>. No obstante, algunos autores consideran que es “muy discutible” la solución adoptada por el legislador, puesto que en muchos casos la residencia habitual del distribuidor no tiene una relación directa con el acuerdo contractual<sup>680</sup>.

## 2. Calificación del contrato de distribución.

**264.** El problema de la calificación del contrato de distribución bajo el CR no representaba una especial dificultad, principalmente porque lo más importante era identificar el “centro de gravedad del contrato”. Con la nueva redacción del Art. 4.1 Reglamento Roma I incluyendo disposiciones rígidas para ocho categorías de contratos, se hace necesario conocer cuáles son las relaciones jurídicas que cubren cada uno de estos tipos contractuales. Como se vio, los tipos contractuales relacionados en el Art. 4.1 Reglamento Roma I deben interpretarse de manera autónoma, sin embargo, como lo expresa M. ANCEL “el sistema jurídico de la UE no está suficientemente avanzado y completo para que pueda proveer unas respuestas

---

<sup>679</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 700.

<sup>680</sup> H. GAUDEMET-TALLON, "Le principe de proximité dans le Règlement Rome I", *Revue hellénique de droit international*, 2008, p. 195.

anticipadamente”<sup>681</sup>. Esto permite entender que el principal problema que ahora afronta la designación de la Ley aplicable al contrato de distribución será su propia calificación. Sin embargo, no es una circunstancia que deba preocupar demasiado a los contratantes, porque el TJUE tiene plena competencia para interpretar el Reglamento Roma I, y en caso de requerirse, establecería directrices sobre la materia. Sin embargo, y como lo demuestra la nutrida cantidad de sentencias del CR, los contratantes prefieren enmarcar su relación jurídica en las tres clases tradicionales de contrato de distribución, lo que no representaría ningún problema a la hora de calificar el contrato.

**265.** Es importante recordar la parte final del considerando 17 Reglamento Roma I: “...Aunque los contratos de franquicias y de distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas”. Este considerando, es de vital importancia porque recuerda que a pesar de que el contrato de distribución es un contrato de prestación de servicios, el legislador de la UE ha entendido que debe existir para él un precepto que regule su Ley aplicable de manera autónoma, lo cual permite enmarcar mucho mejor las relaciones jurídicas que constituyen el contrato de distribución, para evitar problemas de calificación.

### **3. Relaciones jurídicas cubiertas por el Art. 4.1.f del Reglamento Roma I**

**266.** A pesar de que el concepto de “contrato de distribución” es bastante extenso, en lo que concierne a la regulación del Reglamento Roma I tiene unos límites bastante definidos. En primer lugar se debe señalar que el Art. 4.1.f Reglamento Roma I no aplica a los contratos de agencia, comisión, corretaje y franquicia. Los tres primeros deben ser considerados en relación al Reglamento Roma I como contratos de prestación de servicios

---

<sup>681</sup> M.E. ANCEL, "The Rome I Regulation and distribution contracts", p. 227.

Art. 4.1.b Reglamento Roma I, y para el último, aunque forma parte de los contratos de distribución, existe regulación específica en el apartado e de Art. 4.1. Reglamento Roma I<sup>682</sup>. De acuerdo a lo anterior, los tipos contractuales regulados por el Art. 4.1.f son los siguientes<sup>683</sup>:

#### **A) Contratos de distribución o concesión mercantil en exclusiva.**

**267.** El acuerdo de exclusividad no constituye una característica básica del contrato general de distribución, sin embargo, es común que al interior de este contrato se incorpore una cláusula en este sentido. De esta forma, el distribuidor quedará limitado territorial y temporalmente para desarrollar la labor de reventa, y el suministrador le garantiza que ni él, ni otros distribuidores operarán en el lugar y tiempo determinados<sup>684</sup>. Por tal motivo, cuando el contrato de distribución contempla una o varias cláusulas de exclusividad, se le denomina contrato de distribución o concesión en exclusiva. Mediante este vínculo contractual el fabricante-concedente hace un fraccionamiento de su mercado en zonas determinadas, para ser asignadas a sus distribuidores de manera preferencial. El contrato de distribución exclusiva, al ser un contrato atípico (en el Derecho español) no cuenta con definición legal, no obstante la doctrina lo define de la siguiente manera: “Contrato en virtud del cual un empresario (concesionario o distribuidor) se compromete, a cambio de contrapartida, a promover en nombre y por cuenta propia, la reventa de los productos de otro empresario (fabricante o concedente) en un territorio determinado, integrándose el concesionario en la red distributiva del concedente”<sup>685</sup>.

---

<sup>682</sup> T. RAUSCHER, *Europäisches zivilprozess- und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR...*, p. 218.

<sup>683</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 669.

<sup>684</sup> E. GUARDIONA SACARRENA, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Bosh, Barcelona, 1998, p. 110.

<sup>685</sup> M. BROSETA PONT/ F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho mercantil...*, p. 128.



Estos acuerdos de distribución exclusiva pueden vulnerar el Derecho a la libre competencia, puesto que establecen unas restricciones a los contratantes, y evitan la participación de terceras empresas. Es por eso, que debe atenderse a la regulación de la UE y nacional sobre el Derecho *antitrust*. Entre las más importantes está el Reglamento 2790/1999, de 22 diciembre sobre la aplicación del Art. 81.3 TCE a determinadas categorías de acuerdo verticales y prácticas concertadas, y adicionalmente el Reglamento 1400/2002 sobre distribución de vehículos automóviles<sup>686</sup>.

### **B) Contrato de distribución o concesión mercantil no exclusiva, o selectiva.**

**268.** Es un contrato por medio del cual el fabricante-concedente se obliga a vender las mercancías objeto del contrato, exclusivamente a distribuidores previamente seleccionados por él, sin otorgarles una zona única y exclusiva de distribución. Por su parte el distribuidor, se compromete a revender las mercancías ya sea a otros comerciantes minoristas, o a los consumidores finales, siguiendo las instrucciones dadas por el concedente<sup>687</sup>. La particularidad de este contrato de distribución, radica en que el fabricante o concedente no otorga una zona geográfica de exclusividad para que el distribuidor opere en el mercado<sup>688</sup>.

### **C) Contrato de licencia cinematográfica.**

---

<sup>686</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 699.

<sup>687</sup> R. ALONSO SOTO/ A. PÉREZ DE LA CRUZ/ A.SANCHEZ ANDRÉS, "Los contratos de colaboración", en MENÉNDEZ, A. / ROJO, A. (dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 8ª ed, Civitas, Navarra, 2010, pp, 707- 730, conr. p. 721; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica I...", pp. 349-370.

<sup>688</sup> F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho mercantil...*, p. 975; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 699; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica I: ...", pp. 349-370.

**269.** Por medio de este contrato, el productor cede sus Derechos de explotación a un “distribuidor cinematográfico”, generalmente de manera limitada territorial y temporalmente. De acuerdo al Art. 4.1.f, el contrato será regido por la residencia habitual del distribuidor cinematográfico.

#### **D) Contrato estimatorio.**

**270.** De acuerdo a los profesores A. CALVO y J. CARRASCOSA, si el objeto económico del contrato recae sobre la distribución, se debe aplicar la disposición rígida del Art. 4.1.f Reglamento Roma I.

### **IV. EL CONTRATO DE FRANQUICIA.**

#### **1. Aspectos introductorios.**

**271.** La franquicia representa a día de hoy uno de los más importantes sistemas de expansión empresarial de la economía moderna, es una nueva e innovadora forma de colaboración empresarial, que pretende escapar del monopolio impuesto por las grandes compañías trasnacionales<sup>689</sup>. Para contrarrestarlo, las pequeñas y medianas empresas se han organizado por medio de acuerdos comerciales, procurando alcanzar una mayor porción del mercado, al menor coste posible, y trayendo beneficios para todos los intervinientes.

La franquicia forma parte de la denominada distribución comercial, la cual es considerado como una etapa destacada del proceso económico, ubicada entre el suministro de servicios o la fabricación de los bienes, y su uso o consumo por parte del consumidor final<sup>690</sup>.

---

<sup>689</sup> STS de 27 septiembre 1996 RJ 1996\6646.

<sup>690</sup> C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas...*, p. 21.

El modelo de colaboración empresarial desarrollado mediante la franquicia, se constituye en una inmejorable vía de crecimiento para aquellas empresas que pretendan expandir su mercado de manera rápida, al menor coste posible, y manteniendo el control del proceso de distribución<sup>691</sup>. De la misma forma, la franquicia permite el ingreso de nuevos competidores al mercado, genera una mayor competencia entre las diferentes marcas y propicia una mayor diversidad de opciones al consumidor final<sup>692</sup>.

**272.** Aunque en sus orígenes la franquicia se desarrolló únicamente en los mercados nacionales, hoy en día ostenta una elevada proyección hacia el mercado extranjero<sup>693</sup>. Es importante destacar que aunque los contratos de franquicia tienen una gran presencia en la distribución internacional de bienes, en los últimos años se ha constituido en la más importante vía de la distribución comercial de los servicios<sup>694</sup>.

Justamente esta vocación internacional de la franquicia se ha venido convirtiendo en uno de los rasgos más característicos de esta relación empresarial, es por eso que el DIPr. ha venido prestando especial atención a esta figura jurídica novedosa y de gran impacto en el actual momento económico y comercial globalizado.

## **2. Delimitación conceptual.**

---

<sup>691</sup> V. BAENA GRACIÁ, "Teorías y líneas de investigación en el sistema de franquicia: una revisión desde los años 60 hasta 2009", *Cuadernos de Gestión*, vol. 10. nº 2, pp. 43-66, concr. p. 44.

<sup>692</sup> S. GARCÍA VÁZQUEZ, "La franquicia y el derecho de la competencia", en L. ORTÍZ BLANCO/ V. SOPEÑA BLANCO, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2000, pp. 113-140, concr. p. 114.

<sup>693</sup> V. FUENTES CAMACHO, "Los contratos internacionales de franquicia y el DIPr.: Una aproximación en clave de "acceso", *Anuario español de Derecho internacional privado*, Tomo I, 2001, pp.117-141, concr.p. 118.

<sup>694</sup> C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas...*,p. 24.

**273.** El contrato de franquicia es uno de los contratos atípicos que más ha sido estudiado por la doctrina especializada. No obstante, su definición también la podemos hallar en la propia norma jurídica y en la jurisprudencia.

El Reglamento núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del tratado a categorías de acuerdos de franquicia, define el contrato de franquicia en los siguientes términos: “el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el Derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos:

- el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato,
- la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un « know-how », y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo...”

**274.** Asimismo, la jurisprudencia la ha definido como una modalidad contractual donde “una de las partes que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el Derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje”<sup>695</sup>.

---

<sup>695</sup> STS Civil de 4 de marzo de 1997.

**275.** La doctrina por su parte entiende que es “aquel contrato de distribución comercial en el que el concedente (franquiciador) cede al cesionario (franquiciado) un método empresarial propio y completo a través de la transmisión de sus elementos distintivos (marcas, rótulos, imagen corporativa), un saber hacer (*know how*), suministros y asistencia técnica (formación profesional continua, asesorías varias etc.) y todo ello a cambio de una contraprestación económica directa o indirecta”<sup>696</sup>.

De acuerdo a estas definiciones, se puede extraer la esencia misma del contrato de franquicia, que no es otro que la reproducción de un modelo de empresa, pues en definitiva, lo que busca el franquiciado es la “reiteración de un éxito comercial”<sup>697</sup>.

**276.** Teniendo en cuenta lo anterior, se pueden descubrir sus caracteres básicos.

---

<sup>696</sup> G. BURGOS PAVON/ M.S. FERNÁNDEZ IGLESIAS, *La Franquicia. Tratado práctico y jurídico*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2010, p. 214; otras interesantes definiciones del contrato de franquicia son: “Es una técnica de colaboración empresarial mediante la cual una empresa (franquiciador) que ha ideado y experimentado un producto, un servicio, o un particular proceso productivo o distributivo, concede a terceros empresarios independientes (Franquiciados), la autorización para producir y vender, para vender o para prestar servicios, bajo los signos distintivos y con las modalidades o técnicas de comercialización del concedente”, M. A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “El contrato de franquicia”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Contratos mercantiles*, 2ª ed, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pp.494- 555, concr. p. 494; asimismo se considera que es un “acuerdo por el cual una empresa (franquiciador) cede a otras (franquiciados) el derecho de explotación de la franquicia, entendiéndose por ésta el conjunto de derechos sobre una marca, nombre rótulo de establecimiento, diseño, know-how o patente incorporados y explotables comercialmente con un producto o servicio”, M. BESCO TORRES, *Contratos internacionales...*, p. 75; el contrato de franquicia es un “contrato completo y atípico, consensual y sinalagmático, civil o mercantil según su objeto, mediante el cual una de las partes, el concedente o el franquiciador, concede a otra, denominada, concesionario o franquiciado, mediante el pago de un canon, el derecho a explotar una marca, una fórmula comercial privativa, o un servicio con prestaciones accesorias, previamente convenidas”. E. CHULIA VICENT/ T. BELTRAN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I*, J.M. Bosh editor, Barcelona, 1992, p. 164.

<sup>697</sup> L. GARCÍA GUTIERREZ, “Los contratos de franquicia internacional”, *Revista de derecho mercantil*, nº 275, 2010, pp. 249-281, concr. p. 250.

-La franquicia es un contrato celebrado por empresarios independientes que se unen para formar una red de colaboración empresarial<sup>698</sup>. Aunque es claro que los empresarios que forman parte de la franquicia son jurídica y económicamente independientes, también lo es, que se encuentran fuertemente vinculados a nivel operativo<sup>699</sup>.

-En la franquicia un empresario que cuenta con una experiencia previa en un determinado mercado y que goza de un nivel de prestigio, realiza la “cesión” de un conjunto de bienes inmateriales y materiales perfectamente organizados, que conforman el modelo empresarial de la empresa franquiciante<sup>700</sup>. Este grupo de bienes inmateriales transmitidos por el franquiciador, está conformado por los signos distintivos de la empresa, y todo el conjunto de conocimientos, métodos y procesos que componen el *know-how*. La transmisión del *know how*, constituye el elemento que da la esencia al contrato de franquicia, el cual es definido como “un conjunto de conocimientos prácticos no patentados derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, sustancial e identificado”<sup>701</sup>. Por tal motivo, la explotación de estos Derechos de “propiedad industrial y *know-how*” juegan un rol vital en los contratos de franquicia<sup>702</sup>. También es importante destacar, que junto a la transmisión del

---

<sup>698</sup> R. ALONSO SOTO/ A. PÉREZ DE LA CRUZ/ A. SANCHEZ ANDRÉS, “Los contratos de...”, concr. p. 719.

<sup>699</sup> C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas...*, p. 41.

<sup>700</sup> M.C. MAYORGA TOLEDANO, *El contrato mercantil de franquicia*, 2ª ed, Comares, Granada, 2007, p. 7.

<sup>701</sup> SAP Álava de 10 abril de 2006; A. DURAN YAGO, “Contratos internacionales de distribución...”, p. 429.

<sup>702</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, 2ª ed., Civitas, Madrid 2000. p. 86.

*Know-how*, es común que se acompañe el licenciamiento de Derechos de propiedad intelectual<sup>703</sup>.

-En el contrato de franquicia también puede darse la transmisión de bienes materiales. Estos bienes le permiten al franquiciado llevar a cabo su actividad comercial con éxito, ya que van desde la propia maquinaria para fabricar los bienes o prestar los servicios, los medios de transporte, el propio mobiliario, hasta el suministro de los productos a comercializar<sup>704</sup>.

-Este modelo de negocio transmitido por el franquiciador es explotado por el franquiciado bajo su responsabilidad. Sin embargo, y a pesar de que el franquiciado es una empresa totalmente autónoma, el franquiciador se reserva contractualmente el Derecho de supervisión y control de toda la red de franquicia. Este aspecto es de vital importancia, ya que con él se mantiene la uniformidad del negocio y se evita un posible deterioro de la marca<sup>705</sup>.

-En suma, el contrato de franquicia tiene como objetivo la “difusión” de productos o servicios en un mercado concreto, donde las dos partes de dicho contrato son empresarios independientes, que deben asumir por separado la responsabilidad ante terceros que les impone su propia actividad empresarial<sup>706</sup>.

**277.** Otros rasgos que caracterizan el contrato de franquicia pueden ser los siguientes:

1. La imagen corporativa uniforme. De esta manera aunque en realidad la empresa franquiciada lleva la dirección del negocio, se da la

---

<sup>703</sup> R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law ...*, p. 182.

<sup>704</sup> L. GARCÍA GUTIERREZ, "Los contratos de franquicia internacional", p. 251.

<sup>705</sup> M.C. MAYORGA TOLEDANO, *El contrato mercantil de franquicia...*, p. 8.

<sup>706</sup> A. DURAN YAGO, "Contratos internacionales de distribución...", p. 426.

aparición que es el propio franquiciante quien ofrece los productos y servicios directamente al consumidor final<sup>707</sup>.

2. El contrato de franquicia tiene como uno de sus principios rectores la colaboración recíproca entre los contratantes en busca de unos beneficios comerciales comunes<sup>708</sup>. En este sentido es importante destacar, que en el contrato de franquicia el grado de colaboración tiene la característica de ser mucho más estricto e integrado que otros contratos de colaboración empresarial. Efectivamente, el franquiciado tiene la obligación de utilizar las marcas, signos e insignias distintivas del franquiciador, y seguir todas sus instrucciones sobre el manejo del negocio<sup>709</sup>.

3. También es un factor característico de la franquicia el establecimiento de una zona específica donde se ha de explotar el negocio franquiciado<sup>710</sup>.

4. Es un contrato de naturaleza mercantil, con vocación de duración continuada en el tiempo, con un carácter complejo, atípico, sinalagmático, consensual, bilateral, oneroso, y en muchos casos de adhesión<sup>711</sup>.

**278.** Todos estos rasgos que caracterizan el contrato de franquicia, se pueden ver modificados o en su caso afianzados si se está en presencia de una franquicia internacional. Y esto porque la franquicia internacional le impone a los contratantes un entorno totalmente diferente al de una

---

<sup>707</sup> M.C. MAYORGA TOLEDANO, *El contrato mercantil de franquicia...*, p. 7.

<sup>708</sup> A. DURAN YAGO, "Contratos internacionales de distribución...", p. 426.

<sup>709</sup> R. BALDI, *El Derecho de la distribución comercial...*, p. 124.

<sup>710</sup> M. V. GUILLEN LARREA, "El contrato de franquicia", *Distribución y consumo*, nº 23, 1995, versión *online*.

<sup>711</sup> *Vid.* R. ALONSO SOTO/ A. PÉREZ DE LA CRUZ/ A.SANCHEZ ANDRÉS, Los contratos de...", conr. p. 720; E. CHULIA VICENT/ T. BELTRAN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos...*, p.165; G. BURGOS PAVON/ M.S. FERNÁNDEZ IGLESIAS, *La Franquicia. Tratado práctico...*, p. 212.



franquicia interna, no solo desde el punto de vista económico, que si bien es cierto constituye un aspecto de vital importancia a la hora de acceder a un mercado extranjero, sino también desde el punto de vista cultural y sobre todo el legal<sup>712</sup>. En efecto, la contratación internacional de una franquicia necesita una especial adaptación de su objeto a un escenario transnacional, requiriendo la inclusión de aspectos contractuales que no se contemplan en las relaciones internas, o el establecimiento de una protección concreta para ciertos elementos del contrato, *ad ex.*, la marca y signos distintivos, duración del contrato, la concreción del determinado territorio para operar etc.

Un aspecto vital del contrato internacional de franquicia y que no está presente en una franquicia interna, es el referente a la resolución de conflictos. Los contratantes deben incorporar a las negociaciones los aspectos referentes a la inclusión de una cláusula de elección de tribunal, o de sumisión al arbitraje internacional, así como una cláusula de elección de la Ley que regulará su relación jurídica<sup>713</sup>.

### 3. Ventajas de la Franquicia.

**279.** La franquicia constituye un proceso de expansión de una empresa mediante la transmisión de un modelo de negocio, con amplias ventajas para las partes intervinientes. Prueba de ello es el elevado crecimiento de esta figura empresarial en los últimos años, y la baja tasa de fracasos comerciales con respecto a otras figuras de colaboración empresarial<sup>714</sup>.

---

<sup>712</sup> V. FUENTES CAMACHO, "Los contratos internacionales de franquicia y el DIPr.: ...", p. 124.

<sup>713</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>714</sup> L. GARCÍA GUTIERREZ, "Los contratos de franquicia internacional", p. 257.

**280.** Se pueden encontrar entonces las siguientes ventajas para el franquiciador. Un empresario que cuenta con negocio líder en su sector comercial, normalmente toma la decisión de franquiciarlo cuando no cuenta con los recursos financieros suficientes para propiciar el crecimiento independiente de su empresa. Otro factor que influye en esta decisión, es el hecho de ganarles, de forma rápida y eficiente, el terreno a sus competidores directos. Pues bien, estas dos principales razones para franquiciar un negocio se constituyen en las primeras ventajas del franquiciador, esto es, conseguir la ocupación rápida de un mercado concreto, evitando que la competencia le gane terreno en dicho sector del mercado<sup>715</sup>.

Otra ventaja, por supuesto, es el incremento económico. El franquiciador tendrá un crecimiento empresarial sin la necesidad de aumentar sus costes de operación, toda vez que contará con más “unidades franquiciadas” operando en el mercado. De la misma forma, obtendrá una mayor ventaja de negociación por volumen de producto con sus proveedores.

Con la franquicia, el empresario franquiciador consigue desplazar los riesgos y los costes de la operación a otra empresa<sup>716</sup>. Esta circunstancia es de vital importancia, puesto que el franquiciador desplaza la responsabilidad laboral de su fuerza de trabajo a un tercero, siendo ésta una carga importante para cualquier empresario<sup>717</sup>. Adicionalmente, el franquiciador permanece con el control de la explotación de forma descentralizada<sup>718</sup>. De la misma manera, con la franquicia, el empresario franquiciador consigue

---

<sup>715</sup> G. BURGOS PAVON/ M.S. FERNÁNDEZ IGLESIAS, *La Franquicia. Tratado práctico...*, p.64.

<sup>716</sup> M. A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “El contrato de franquicia...”, p. 494.

<sup>717</sup> G. BURGOS PAVON/ M.S. FERNÁNDEZ IGLESIAS, *La Franquicia. Tratado práctico...*, p.64.

<sup>718</sup> M. A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “El contrato de franquicia...”, p. 494.

una disminución importante en los costes de índole publicitario, puesto que éste rubro será también cubierto por todas las empresas franquiciadas<sup>719</sup>.

En suma, este sistema de colaboración empresarial permite que el franquiciante consiga el fortalecimiento de su marca comercial, al obtener un alto nivel de penetración en el mercado<sup>720</sup>.

**281.** Por su parte se pueden resumir las ventajas del franquiciado de la siguiente manera: la principal ventaja que obtiene el franquiciado cuando se introduce en esta forma de negocio, es la “transmisión de conocimientos” por parte del franquiciador. Estos conocimientos son de diversa índole, pero todos ellos de gran trascendencia a la hora de emprender la labor comercial. Van desde la experiencia misma del desarrollo del negocio, es decir, toda la información correspondiente a los aciertos y errores en el día a día de la operación, hasta toda la información vital que identifica e individualiza el negocio franquiciado<sup>721</sup>. Otra ventaja indiscutible, radica en que el franquiciado adquiere la participación en la reputación de una empresa previamente consolidada en un sector comercial, y adicionalmente, se beneficia de unas técnicas de comercialización y de gestión previamente contrastadas<sup>722</sup>. Esto le permite al comerciante franquiciado, no solamente establecer su negocio más rápidamente, sino que las probabilidades de éxito son mucho mayores de las que tendría sin la experiencia transmitida por el franquiciador<sup>723</sup>.

---

<sup>719</sup> G. BURGOS PAVON/ M.S. FERNÁNDEZ IGLESIAS, *La Franquicia. Tratado práctico...*, p.64.

<sup>720</sup> M. V. GUILLEN LARREA, “El contrato de franquicia...”, versión *online*.

<sup>721</sup> G. BURGOS PAVON/ M.S. FERNÁNDEZ IGLESIAS, *La Franquicia. Tratado práctico...*, p.64.

<sup>722</sup> M. A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, “El contrato de franquicia...”, p. 494.

<sup>723</sup> E. GUARDIONA SACARRENA, *Contratos de colaboración en el comercio...*, p. 252.

A pesar de que su inversión inicial puede llegar a ser de un monto importante, indudablemente es mucho menor de la que hubiese tenido que asumir, si constituye un negocio independiente de rasgos similares. Sin duda, el establecimiento de un territorio único y reservado donde opere la franquicia, constituye otra de sus principales ventajas. En todos los sectores comerciales existe una alta competencia por el consumidor final, es por eso, que el hecho de explotar un negocio, incluida su marca comercial reconocida en un determinado territorio, favorecerá directamente al franquiciado<sup>724</sup>. Por último, la reputación y la experiencia del franquiciante hacen más fácil que el franquiciado incorpore nuevos clientes, puesto que muchos de ellos ya mantienen una fidelidad con la marca del producto o servicio<sup>725</sup>.

#### 4. Obligaciones de las partes.

**282.** El contrato de franquicia es tal vez el contrato atípico que más obligaciones conlleva para las partes intervinientes<sup>726</sup>. Dichas obligaciones lo diferencian de otros contratos de colaboración que cuentan con características similares, cuestión de gran importancia a la hora de establecer su Ley aplicable, puesto que en muchos casos las partes creen haber celebrado una figura contractual específica, pero la realidad obligacional demuestra que ha sido otra, y como el Reglamento Roma I establece ahora disposiciones rígidas para ciertos contratos del comercio internacional, la calificación de dichas relaciones jurídicas cobra ahora mucha importancia. Asimismo, las obligaciones llevadas a cabo por los contratantes en el contrato de franquicia, demuestra que existe un equilibrio entre las partes, situación ésta, que dificultó enormemente la designación de

---

<sup>724</sup> M. A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, "El contrato de franquicia..." p. 494.

<sup>725</sup> M. V. GUILLEN LARREA, El contrato de franquicia, nº 23, 1995, versión *online*.

<sup>726</sup> M.C. MAYORGA TOLEDANO, *El contrato mercantil de franquicia...*, p. 101.

la Ley aplicable, mediante la identificación de la parte que llevaba a cabo la prestación característica del contrato.

Por lo anterior, es pertinente abordar el estudio de las diferentes obligaciones que cumplen las partes al interior de este contrato. Antes de comenzar, es importante destacar que la multiplicidad de tipos de franquicia encontradas en el tráfico comercial, conlleva la existencia de una multiplicidad de obligaciones, cada una de ellas de acuerdo al objetivo buscado por las partes. No obstante, existen ciertas obligaciones que caracterizan el tipo contractual, y que pueden resumirse de la siguiente manera:

#### **A) Obligaciones del franquiciador.**

**283.** La principal obligación del franquiciador es, sin duda, la transmisión del “modelo de empresa” que va a adelantar el franquiciado. Sin embargo, para que esta obligación sea cumplida, se hace necesario que el negocio franquiciado haya sido previamente experimentado y probado con éxito al interior del mercado<sup>727</sup>. La obligación de entrega o transmisión del modelo de empresa, incluye el uso de un rótulo, signos distintivos, y la transmisión del *Know-how*. Esta transmisión de los conocimientos empresariales conocido como el *Know how* se constituye en el elemento básico del contrato de franquicia, y que sin él, este sistema de distribución comercial no podría funcionar de manera adecuada<sup>728</sup>.

De igual manera, el franquiciador tiene que llevar a cabo unas obligaciones anexas a la transmisión del modelo de negocio, tales como,

---

<sup>727</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>728</sup> L. VEGA PENICHET, "El contrato de franquicia de distribución en la Comunidad Económica Europea: análisis desde la perspectiva de la libre competencia", *Revista de estudios e investigación de las Comunidades Europeas*, n.º. 5, mayo-septiembre 1988, pp. 322-329, conocr. p. 326.

otorgar asistencia técnica, comercial, y en definitiva, toda la asesoría necesaria para que su modelo de negocio pueda ser desarrollado exitosamente por el franquiciado<sup>729</sup>. Debe garantizar el Derecho a explotar la franquicia en una determinada zona, y por el tiempo establecido en el contrato. Cuando el tipo de franquicia lo requiera, el franquiciador debe proveer las mercancías al franquiciado para que éste proceda a la explotación de su modelo de franquicia<sup>730</sup>. Debe a su vez, diseñar, desarrollar y costear las estrategias publicitarias para difundir la marca y el rótulo del negocio franquiciado<sup>731</sup>. Adelantar las labores de supervisión y control del uso de las diferentes técnicas comerciales, con el fin de preservar un alto grado de calidad de los productos o servicios, que le permita conservar su reputación comercial<sup>732</sup>. Y adoptar todas aquellas medidas necesarias para la protección del prestigio, y la identidad de la red comercial de franquicias que se representan por su propio rótulo<sup>733</sup>.

## **B) Obligaciones del franquiciado.**

**284.** La principal obligación del franquiciado es la obligación de pago en los términos establecidos en el contrato. Éste consiste habitualmente en un abono inicial, que se entrega con la firma del contrato, y pagos sucesivos de acuerdo a los porcentajes, periodos, y criterios acordados por las

---

<sup>729</sup> G. J. JIMENEZ SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho mercantil*, 14 ed., Tecnos, Madrid, 2010. p. 399.

<sup>730</sup> A. DURAN YAGO, "Contratos internacionales de distribución...", p. 430.

<sup>731</sup> STS de 27 septiembre 1996 RJ 1996\6646; en el mismo sentido, *vid* G. J. JIMENEZ SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho...*, p. 399.

<sup>732</sup> L. ANGULO RODRÍGUEZ, "Colaboradores del empresario y otros contratos de...", p. 287.

<sup>733</sup> STJCE 1986\34 Pronuptia de París GmbH, Frankfurt am Main vs Pronuptia de París Irmgard Scinllogalis Hamburg.

partes<sup>734</sup>. Otra obligación no menos importante, es la explotación de forma autónoma del negocio concedido, ya sea comercializando las mercancías, fabricándolas y comercializándolas, o prestando los servicios que son objeto del contrato<sup>735</sup>.

Así mismo, debe el franquiciado emplear las técnicas comerciales transmitidas por el franquiciador, respetando siempre su imagen corporativa<sup>736</sup>. Mantener informado al franquiciador en los términos acordados, de todos los aspectos inherentes al desarrollo del negocio; tiene además el franquiciado la obligación de confidencialidad, que abarca no solo el tiempo de duración del contrato, sino con posterioridad a él, no pudiendo revelar los secretos inherentes a la relación comercial; tiene la obligación de sometimiento a las instrucciones del franquiciador, especialmente aquellas referentes a los precios, así como su control e inspección<sup>737</sup>. Mantener una idónea cantidad de productos o de medios para el correcto funcionamiento del negocio franquiciado<sup>738</sup>. Y cumplir fielmente los pactos de exclusividad establecidos<sup>739</sup>.

## V. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL DE FRANQUICIA BAJO EL CONVENIO DE ROMA DE 1980.

---

<sup>734</sup> A. DURAN YAGO, "Contratos internacionales de distribución...", p. 429.

<sup>735</sup> M. A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, "El contrato de franquicia...", p. 513; A. DURAN YAGO, "Contratos internacionales de distribución...", p. 429.

<sup>736</sup> L. ANGULO RODRÍGUEZ, "Colaboradores del empresario y otros contratos de...", p. 287.

<sup>737</sup> M. A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, "El contrato de franquicia...", p. 556.

<sup>738</sup> G. J. JIMENEZ SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho...*, p. 400.

<sup>739</sup> L. ANGULO RODRÍGUEZ, "Colaboradores del empresario y otros contratos de...", p. 287.

**285.** Las características propias del contrato de franquicia que se acaban de describir, permiten entender la dificultad que presentó en el CR la designación de su Ley aplicable<sup>740</sup>. Las particularidades de esta figura contractual, unida a las diversas y complejas obligaciones llevadas a cabo por los contratantes, fueron un obstáculo para la correcta aplicación del Art. 4 CR, pues teniendo en cuenta que el Art. 4.2 CR requería descubrir el prestador característico de la obligación, indudablemente dicha tarea poseía una alta complejidad en este contrato.

Por lo tanto, el principal problema para la designación de la Ley aplicable al contrato de franquicia en ausencia de elección de parte, lo constituyó sin lugar a dudas, la identificación de cuál de las partes llevaba a cabo la prestación característica del contrato. Tres tendencias prevalecieron. La primera exponía que la prestación característica del contrato de franquicia la llevaba a cabo el franquiciador, la segunda entendía que dicha prestación era perfeccionada por el franquiciado, y la tercera consideraba que el contrato de franquicia no tenía un prestador que caracterizara este tipo contractual<sup>741</sup>. En las siguientes líneas abordaremos cada una de ellas.

### **1. La prestación característica la llevaba a cabo el franquiciador.**

**286.** Esta primera interpretación acerca de la parte que llevaba a cabo la prestación característica en el contrato de franquicia, se decantaba por reconocer que dicha prestación la realizaba el franquiciador. Por lo tanto, y de acuerdo al Art. 4.2 CR sería la Ley de su residencia habitual la que regularía el contrato. Esta posición iba en consonancia con el Código federal

---

<sup>740</sup> L. GARCÍA GUTIERREZ, "Franchise contracts and the Rome I Regulation on the law applicable to international contracts", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 233-244, conc. p. 234.

<sup>741</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre ...*, p. 304.



de DIPr. Suizo, en lo referente a la regulación de los Derechos de propiedad intelectual. Su Art. 122 establece lo siguiente:

“Contracts concerning intellectual property rights shall be governed by the law of the State in which the party transferring the intellectual property right or granting the use thereof has his place of habitual residence.”

**287.** El principal argumento para defender esta postura radicaba en las obligaciones llevadas a cabo por el franquiciador, puesto que se consideraba que estaban dotadas de una mayor complejidad<sup>742</sup>. Sobre todo, por el hecho de que el franquiciado básicamente reproduce lo que se le asigna como parte del modelo de franquicia, y satisface los pagos (*royalties*)<sup>743</sup>. Asimismo, esta solución permitía que todos los contratos celebrados por el franquiciador fueran regidos por la misma Ley, lo que propiciaba una mayor certeza jurídica.

## **2. La prestación característica la llevaba a cabo el franquiciado.**

**288.** La segunda postura, entendía que la prestación característica en el contrato de franquicia la llevaba a cabo el franquiciado. Quienes mantenían esta interpretación entendían que el franquiciado era quien asumía las obligaciones más importantes de la relación contractual, pues era quien en última instancia ponía en funcionamiento el negocio franquiciado, asumiendo completamente, no solamente la carga económica, sino la responsabilidad del desarrollo del negocio<sup>744</sup>. Adicionalmente se entendía

---

<sup>742</sup> En este sentido: “my personal opinion is that the characteristic performance is effected by the franchisor, if only because this party is responsible for the most complex obligations.” L. GARCÍA GUTIERREZ, “Franchise contracts and the Rome I Regulation on ...”, p. 238.

<sup>743</sup> Vid. L. GARCÍA GUTIERREZ, “Franchise contracts and the Rome I Regulation on ...”, p. 235; L. GARCÍA GUTIERREZ, “Los contratos de franquicia internacional”, p. 271.

<sup>744</sup> En este sentido “In my personal opinion, as with license contracts, due to the “reasonable settlement of the respective relationship”, the law of the franchisee could be considered as

que la residencia habitual del franquiciado, normalmente coincidía con el lugar donde se adelantaba la labor comercial, y por ende, esta Ley sería la más previsible para las partes del contrato.

Por último, se consideraba que como buena parte de las soluciones judiciales designaban al distribuidor como el prestador característico en el contrato de distribución, al asimilarlo al contrato de franquicia, se consideraba que dicha solución era perfectamente aplicable a este contrato<sup>745</sup>.

### 3. El contrato de franquicia no tiene prestador característico.

**289.** Esta última posición entendía –al igual que en el contrato de distribución- que el contrato de franquicia no tenía un prestador característico, pues reconocía la imposibilidad de determinar cuál de las partes del contrato, llevaba a cabo la obligación que caracterizaba la relación contractual, puesto que ambas partes ejecutaban prestaciones con alto grado de complejidad, que no correspondían a un intercambio simple de bienes y servicios por dinero<sup>746</sup>. Se rechazaba la teoría de la prestación característica para identificar la Ley aplicable al contrato de franquicia, porque –como se vio- este contrato contiene múltiples obligaciones recíprocas, todas ellas de alta complejidad, que impiden establecer si el centro de gravedad del contrato se encuentra en el país de la sede del franquiciado, o en el país del franquiciador, lo que explica por qué en la

---

more relevant in this respect”, M. PAUKNEROVA, *Private international law in the Czech Republic*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2011, p. 118.

<sup>745</sup> L. GARCÍA GUTIERREZ, "Franchise contracts and the Rome I Regulation on ...", p. 235.

<sup>746</sup> En este sentido P.A. DE MIGUEL ASENSIO expone que no es “posible identificar la prestación característica del contrato de franquicia...” y por lo tanto debe acudir a la regla de los vínculos más estrechos, donde la sede del franquiciador en muchos casos es la que tiene vínculos más estrechos con el contrato. *Vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre...*, pp. 305-307.

doctrina jurídica no existió uniformidad sobre quién era el prestador característico en el contrato de franquicia<sup>747</sup>. Pues como lo expresa J. CARRASCOSA no “hay ningún motivo para inclinarse por el “conjunto de prestaciones” que debe proporcionar el *franchisor* o por el “conjunto de prestaciones” que debe proporcionar el *franchisee*.” Ello es así porque el contrato no responde al esquema simple de intercambio de cosas o servicios por dinero<sup>748</sup>.

Por tal motivo, se debe acudir a la regla de los vínculos más estrechos para que, de acuerdo al caso concreto, se analicen los diferentes puntos de conexión de la relación jurídica con los países intervinientes<sup>749</sup>.

## VI. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL REGLAMENTO ROMA I.

### 1. Consideraciones preliminares.

**290.** El Reglamento Roma I en su Art. 4.1 ha hecho una selección de contratos internacionales a los cuales a partir de ahora, se les designará su Ley aplicable de manera directa y rígida. El contrato de franquicia es uno de ellos. Efectivamente, el Art. 4.1.e determina que “el contrato de franquicia se regirá por la Ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual”<sup>750</sup>.

---

<sup>747</sup> C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas ...*, p. 203.

<sup>748</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha por la prestación característica I: ...”, pp. 349-370.

<sup>749</sup> L. GARCÍA GUTIERREZ, “Franchise contracts and the Rome I Regulation on ...”, p. 236.

<sup>750</sup> Art. 4.1e del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE L 177* de 4 julio 2008, p. 6.

Esta regla rígida contenida en el Art. 4.1e Reglamento Roma I sobre el contrato de franquicia, resuelve una gran controversia mantenida bajo la vigencia del CR, en orden a determinar la prestación característica en este contrato<sup>751</sup>. Así es, en el Reglamento Roma I no existe la necesidad de establecer cuál de las partes lleva a cabo la prestación característica del contrato, pues el operador jurídico directamente deberá aplicar a la relación contractual, la Ley de la residencia habitual del franquiciado, con lo cual, se garantiza la previsibilidad y certeza del resultado, favoreciendo como es lógico la seguridad jurídica de la UE<sup>752</sup>.

**291.** El considerando 17 expone que el contrato de franquicia es un contrato de servicios. Sin embargo, a pesar de reconocer esta realidad, el legislador de la UE ha considerado oportuno otorgar una regulación específica para esta clase de contratos en el Art. 4.1e. Por esta razón, a los contratos de franquicia no le será aplicable la regla rígida establecida en el Art. 4.1b (prestación de servicios).

**292.** Una de las razones para establecer como regla especial, que el contrato de franquicia se rija por la Ley de la residencia habitual del franquiciado, puede ser, como lo expone L. GARCÍA, que en lugar de buscar la prestación característica del contrato, el legislador le otorgó mayor importancia a otros elementos de la relación jurídica<sup>753</sup>. Esto significa, que el legislador de la UE, al designar la Ley del franquiciado como reguladora de las relaciones jurídicas entre las partes, no está reconociendo que la prestación característica en este contrato sea la llevada a cabo por el

---

<sup>751</sup> U. MAGNUS, Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence ...", p. 41.

<sup>752</sup> T. RAUSCHER, *Europäisches zivilprozess- und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR...*, p. 220.

<sup>753</sup> L. GARCÍA GUTIERREZ, "Franchise contracts and the Rome I Regulation on ...", p. 237.

franquiciado<sup>754</sup>. Lo que si hace, es otorgar protección a la parte que considera más débil en la relación comercial, el franquiciado, pues la Ley de su residencia habitual será la reguladora del contrato<sup>755</sup>. Sin embargo, al igual que en el contrato de distribución, este no es un argumento válido para decantarse por la ley de la residencia habitual del franquiciado, pues las dos partes son empresarios que participan en el comercio internacional asumiendo los mismos riesgos. En consecuencia, este argumento esgrimido por el legislador de la UE no está acorde con la realidad comercial<sup>756</sup>.

Adicionalmente, parece ser que el legislador de la UE ha querido establecer esta regla rígida para favorecer la aplicación de la Ley del “mercado afectado por la franquicia”, ya que en la mayoría de casos el lugar de la sede del franquiciado y el lugar donde se explota el negocio franquiciado, son el mismo<sup>757</sup>.

**293.** La doctrina ha considerado acertada la regulación específica para los contratos de franquicia -posición que debe compartirse-, ya que este contrato presenta una particular estructura, dotada de un alto grado de complejidad, lo que dificulta establecer el centro de gravedad de la operación. Adicionalmente, con esta regla rígida se pretenden subsanar los

---

<sup>754</sup> No obstante existen autores que reconocen que el legislador de la UE ha expresado su opinión acerca quien lleva a cabo la prestación característica del contrato de franquicia. *Vid.* “Now it is clear that the franchisee has to be regarded as the characteristically performing party, and regularly the law at the franchisee's seat applies”. U. MAGNUS, Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence ...”, p. 41.

<sup>755</sup> T. RAUSCHER, *Europäisches zivilprozess- und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR...*, p. 220.

<sup>756</sup> Así lo reconocen los profesores Fentiman/Wilderspin, quienes consideran que este no es un argumento válido. *Vid.* R. PLENDER/M. WILDERSPIN, *The European Private International Law ...*,p. 182.

<sup>757</sup> L. GARCÍA GUTIERREZ, "Los contratos de franquicia internacional", p. 272.

distintos problemas presentados en el CR, buscando alcanzar un alto grado de previsibilidad de la Ley aplicable al contrato de franquicia<sup>758</sup>.

## **2. Relaciones jurídicas cubiertas por el Art. 4.1e Reglamento Roma I.**

**294.** El Reglamento Roma I no proporciona una definición de contrato de franquicia, ni especifica las relaciones jurídicas enmarcadas en el Art. 4.1.e. Por lo tanto, se debe entender que este precepto cubre cualquier tipo de contrato de franquicia. Sin embargo, existen autores que dudan de si los contratos de Máster Franquicia pueden estar incluidos en la regulación del Art. 4.1.e Reglamento Roma I, pues no constituyen una franquicia directa. Si se acepta esta postura, se debería acudir al apartado segundo del Art. 4, y utilizar la prestación característica para determinar la Ley aplicable. Como es imposible establecer el prestador característico, se concluye que ha de acudirse al Art. 4.4 Reglamento Roma I y buscar los vínculos más estrechos del contrato<sup>759</sup>.

No obstante, la correcta interpretación del precepto debe incluir al contrato de Máster franquicia para que sea regulado por el Art. 4.1.e, ya que se debe incluir a todo tipo de franquicias, sin entrar en consideración del nivel de integración y dependencia o la libertad del franquiciado<sup>760</sup>.

**295.** De acuerdo a lo anterior, las relaciones jurídicas cubiertas por el Art. 4.1.e son las siguientes:

### **A. Franquicia de producción.**

---

<sup>758</sup> L. GARCÍA GUTIERREZ, "Franchise contracts and the Rome I Regulation on ...", p. 238.

<sup>759</sup> Con esta opinión, *vid.* L. GARCÍA GUTIERREZ, "Los contratos de franquicia internacional", p. 279.

<sup>760</sup> En este mismo sentido, *vid.* U. MAGNUS, Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence...", p. 41.

En este tipo de franquicia el franquiciado es quien fabrica directamente los productos mediante las instrucciones, y en algunos casos, con los materiales que le proporciona el franquiciador, y que posteriormente vende con la misma marca de éste<sup>761</sup>.

## **B. Franquicia de distribución.**

El TJUE define esta clase de franquicias como aquel contrato donde “una empresa, instalada en un mercado como distribuidor y que haya podido elaborar así un conjunto de métodos comerciales, concede, mediante una retribución, a comerciantes independientes, la posibilidad de establecerse en otros mercados utilizando su rótulo y los métodos comerciales, que le han garantizado el éxito”<sup>762</sup>.

En definitiva, más que una clase de distribución comercial, es una forma de aplicar unos conocimientos previamente adquiridos, para abarcar una mayor porción del mercado, sin hacer una elevada inversión. Este contrato, presenta rasgos similares al contrato de distribución, puesto que el objetivo final de ambas relaciones jurídicas es lograr la reventa de los productos del fabricante, mediante la intervención independiente y por cuenta propia de un tercero. Sin embargo, el punto clave de distinción se encuentra en que en la franquicia de distribución, no solo se entregan mercancías, sino todo un modelo de negocio, es decir, una fórmula empresarial compleja. Esto implica –como se ha anotado antes- la transmisión del *know-how*, el uso de la marca y sellos distintivos etc<sup>763</sup>.

---

<sup>761</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 698; A. DURAN YAGO, “Contratos internacionales de distribución...”, p. 429.

<sup>762</sup> STJCE 1986\34 Pronuptia de París GmbH, Frankfurt am Main vs Pronuptia de París Irmgard Scinlglalis Hamburg.

<sup>763</sup> M. BROSETA PONT/ F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho mercantil...*, p. 135.

### C. Franquicia de servicios.

En este tipo de franquicia, el franquiciado ofrece un determinado servicio que desarrolla mediante la fórmula que le transmite el franquiciador, “utilizando el rótulo y el nombre comercial, e incluso la marca del cedente”<sup>764</sup>. El franquiciador, adicionalmente, tiene la obligación de transmitir todos los secretos del negocio a sus franquiciados<sup>765</sup>. Su contenido es muy cercano al de la franquicia de distribución, pero aquí el objeto no es la comercialización de productos, sino la prestación de servicios<sup>766</sup>.

### D. Franquicia Máster o principal.

Es aquella franquicia, que dentro de un territorio determinado, el franquiciador otorga al franquiciado “en contraprestación de una de una compensación financiera directa, indirecta o ambas”, el Derecho de explotación de la franquicia, pudiendo éste captar franquiciados para el cumplimiento del contrato<sup>767</sup>. Ésta es la que se conoce como franquicia indirecta, donde el franquiciado tiene la posibilidad de subcontratar a otros franquiciados, y como en este contrato el franquiciado principal actúa como franquiciador, no existiría –en principio- vínculo contractual entre el fabricante y el franquiciado final<sup>768</sup>.

---

<sup>764</sup> STJCE 1986\34 Pronuptia de París GmbH, Frankfurt am Main vs Pronuptia de París Irmgard Scinlglis Hamburg.

<sup>765</sup> Vid. G. BURGOS PAVON/ M.S. FERNÁNDEZ IGLESIAS, *La Franquicia. Tratado práctico...*, p. 428.

<sup>766</sup> E. GUARDIONA SACARRENA, *Contratos de colaboración en el comercio ...*, p. 244.

<sup>767</sup> Vid, AP Madrid de 4 de julio de 2009; G. BURGOS PAVON/ M.S. FERNÁNDEZ IGLESIAS, *La Franquicia. Tratado práctico...*, p. 47; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 698.

<sup>768</sup> Vid, E. GUARDIONA SACARRENA, *Contratos de colaboración en el comercio...*, p. 245; M. BROSETA PONT/ F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho mercantil...*, p. 135.



### E. Franquicia corner.

Esta modalidad de franquicia viene dada en función del lugar mismo donde se desarrolla el negocio franquiciado<sup>769</sup>. Dichas franquicias tienen la particularidad de desarrollarse al interior de otro establecimiento comercial, llevando a cabo sus técnicas y procedimientos comerciales de forma independiente y autónoma, al establecimiento donde se ubica<sup>770</sup>. La dependencia económica se puede dar en función del espacio ocupado por el *corner*, o por medio de un porcentaje sobre las ventas<sup>771</sup>.

---

<sup>769</sup> E. GUARDIONA SACARRENA, *Contratos de colaboración en el comercio...*, p. 245.

<sup>770</sup> G. BURGOS PAVON/ M.S. FERNÁNDEZ IGLESIAS, *La Franquicia. Tratado práctico...*, p. 47.

<sup>771</sup> E. CHULIA VICENT/ T. BELTRAN ALANDETE, *Aspectos jurídicos de los contratos ...*, p. 167.



## CAPITULO IV

### LEY APLICABLE A CONTRATOS DISTINTOS CON PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA.

#### I. INTRODUCCIÓN.

**296.** El Art. 4.2 Reglamento Roma I es una disposición que no estaba contemplada en el CR. Esta es otra de las importantes novedades que trae en Art. 4 Reglamento Roma I y se constituye en un complemento directo del apartado primero. Debe recordarse que el artículo 4 Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable establece cuatro etapas perfectamente diferenciadas donde cada una de ellas aparece en subsidio de la otra. Pues bien, este apartado segundo entra en funcionamiento cuando falla la aplicación del apartado primero, y teniendo en cuenta que dicho precepto contempla los contratos más comunes del comercio internacional, y que la propia doctrina reconoce que se debe hacer un interpretación amplia y extensiva de dichos contratos para abarcar así la mayor cantidad de relaciones jurídicas de carácter contractual, es por eso que se le reconoce al Art. 4.2 un carácter meramente residual<sup>772</sup>.

**297.** El Art. 4.2 acoge la teoría de la prestación característica para identificar la Ley del contrato. Dicha teoría es tomada del apartado segundo del Art. 4 CR, que a su vez la ha tomado del Derecho Suizo. Sin embargo, el rol de importancia que ostentaba en el CR como pieza clave de la norma general de designación de la *lex contractus*, se ha visto considerablemente reducido en el Reglamento, ya que quedó confinada a operar solo en

---

<sup>772</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 702.

situaciones específicas<sup>773</sup>. No obstante lo anterior, la teoría de la prestación característica desempeña un papel de vital importancia en el engranaje del Art. 4 Reglamento Roma I, mucho más ahora cuando su aplicación ha sido reorientada.

## II. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 4.2 REGLAMENTO ROMA I.

**298.** El Reglamento Roma I al elaborar una lista cerrada de los contratos más utilizados del comercio internacional para el Art. 4.1, necesariamente debía adoptar medidas para solucionar el problema de la Ley aplicable a contratos por fuera de esta selección (ad. ex. contratos de propiedad intelectual, arrendamiento de bienes muebles, contrato de licencia, entre otros)<sup>774</sup>. Esta es la razón de ser del Art. 4.2 Reglamento Roma I. Dicho precepto estipula que el contrato que no pueda ser encuadrado dentro de la lista del Art. 4.1 Reglamento Roma I, o que esté conformado por elementos de varios de los contratos relacionados en dicha lista, será regido “por la Ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato”<sup>775</sup>.

De acuerdo a esta disposición, se debe entender que el Art. 4.2 Reglamento Roma I tendrá aplicación en dos situaciones a saber: cuando el contrato no esté cubierto por el Art. 4.1, es decir, cuando no se pueda encuadrar en alguno de los ocho tipos contractuales relacionados en este apartado, y cuando el contrato contenga elementos de más de uno de los tipos contractuales relacionados en el Art. 4.1 Reglamento Roma I.

---

<sup>773</sup> J.J. FAWCETT, “A United Kingdom Perspective on the Rome I ...”, p. 208.

<sup>774</sup> U. MAGNUS, Article 4 Rome I Regulation: “The Applicable Law in the Absence ...”, p. 45.

<sup>775</sup> Artículo 4.2 Reglamento Roma I.

## 1. El contrato no es encuadrable dentro del artículo 4.1 del Reglamento Roma I.

**299.** Este primer requisito de aplicación del Art. 4.2, exige que el contrato no sea equiparable a alguno de los ocho contratos relacionados en el apartado 1 del Art. 4 Reglamento Roma I, por esta razón, este requerimiento recae específicamente sobre la propia definición de los contratos. Efectivamente, la utilización del Art. 4.2 Reglamento Roma I va a depender directamente de la definición que se adopte de los ocho tipos contractuales rígidos del Art. 4.1 Reglamento Roma I, esto es así, porque una interpretación amplia de estos contratos, especialmente del contrato de prestación de servicios, permitiría que a una extensa cantidad de relaciones jurídicas se le determinara su Ley aplicable de manera rígida mediante el Art. 4.1 Reglamento Roma I, derivando como es lógico, en una escasa utilización de este precepto<sup>776</sup>.

Al margen de esta circunstancia, los contratos que no puedan encuadrarse en la lista de los ocho –sin importar su definición– serán contratos donde la prestación característica no podrá ser determinada fácilmente, y por lo tanto, en muchos casos habrá que acudir al Art. 4.4 Reglamento Roma I<sup>777</sup>. Lo anterior indica que la utilización práctica de este precepto por los jueces de los Estados miembros, será escasa.

En consecuencia, cuando a pesar de una interpretación amplia y extensiva de los ocho contratos del apartado primero del Art. 4 Reglamento Roma I, no pueda enmarcarse el contrato dentro de uno de ellos, deberá acudirse a la regla contemplada en el apartado segundo del Art. 4 Reglamento Roma I. Esta circunstancia deja ver de manera notoria que el

---

<sup>776</sup> T. ZHENG, “Law applicable in the absence of choice- The New Article 4 of the ...”, p. 793.

<sup>777</sup> *Ibidem*, p. 793.

Art. 4.2 es una disposición estrictamente “subsidiaria”, pues solo tiene utilidad cuando las partes no han hecho la elección de Ley del contrato mediante el Art. 3 Reglamento Roma I, y cuando no pueda operar el Art. 4.1 Reglamento Roma I<sup>778</sup>.

## **2. Contratos con elementos correspondientes a más de un contrato de la lista de los ocho.**

**300.** El segundo evento de aplicación del Art. 4.2 Reglamento Roma I se da cuando el contrato se encuentra conformado por elementos de varios de los contratos de la lista rígida del Art. 4.1 Reglamento Roma I. Muchos contratos del comercio internacional están conformados por elementos de dos o más contratos, en este sentido, es común encontrar contratos de venta de bienes, donde además de la venta del bien se incluye la prestación de un servicio, o al contrario, contratos de prestación de servicios donde se incluye la venta de bienes. Un ejemplo de esta clase de contratos se puede ver en el caso *Jazbinsek v. Piberplasf*. Se trataba de un vendedor alemán que además de obligarse a la entrega de la mercancía, tenía la obligación de la instalación y puesta en funcionamiento de los bienes vendidos en Italia<sup>779</sup>.

Es importante anotar que para la regulación de los contratos mixtos, los límites entre los artículos 4.1 y 4.2 Reglamento Roma I, puede generar cierta incertidumbre de acuerdo a una interpretación amplia o restrictiva del Art. 4.1 Reglamento Roma I. Por lo tanto, y conforme al Art. 4.2 Reglamento Roma I ¿estos contratos deben ser excluidos de la determinación rígida de la Ley aplicable del Art. 4.1 Reglamento Roma I, y por consiguiente, debe acudirse a la identificación del prestador característico? Dos posturas prevalecen:

---

<sup>778</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 702.

<sup>779</sup> Corte di Cassazione. s.u, June 6 2002, *Jazbinsek v. Piberplasf*.

### **A) Aplicación extensiva del Art. 4.1 Reglamento Roma I mediante la identificación del contrato dominante.**

**301.** Una primera interpretación expone que a pesar de que un contrato pueda tener elementos de dos de los contratos relacionados en el Art. 4.1 Reglamento Roma I, si se puede identificar que uno de los contratos es el predominante, debe acudirse a lo establecido para ese tipo contractual<sup>780</sup>. Es decir, debe aplicarse la regla rígida establecida en el Art 4.1 para el contrato dominante<sup>781</sup>. Aunque es probable que la Ley aplicable al caso empleando el Art. 4.1 y el 4.2 Reglamento Roma I sea la misma, se considera injustificado dividir el contrato cuando claramente las prestaciones principales corresponden a una sola categoría contractual.

En suma, de acuerdo con esta visión la correcta interpretación del artículo sería: cuando un contrato tenga elementos de más de uno de los contratos relacionados en el Art. 4.1, y no se pueda clasificar el contrato únicamente en una de esas categorías mediante la identificación del contrato dominante, deberá determinarse la Ley aplicable mediante la teoría de la prestación característica del Art. 4.2 Reglamento Roma I.

### **B) Aplicación directa de la teoría de la prestación característica.**

**302.** Esta postura hace un análisis literal del artículo 4.2 Reglamento Roma I que obliga a identificar el prestador característico en todos aquellos contratos que tienen elementos de más de uno de los contratos que componen la lista del Art. 4.1 Reglamento Roma I. Por lo tanto, no busca la identificación del contrato principal para aplicar el Art. 4.1, sino que directamente lo descarta pasando a la aplicación del Art. 4.2, es decir, la prestación característica del contrato.

---

<sup>780</sup> T. ZHENG, "Law applicable in the absence of choice- The New Article 4 of the ...", p.794.

<sup>781</sup> U. MAGNUS, "Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence...", p.46.

Esta interpretación entiende que el legislador de la UE no ha querido otorgar prioridad a uno de los contratos “combinados” para que sea su Ley, designada de manera rígida en el Art. 4.1, la que gobierne el contrato mixto, sino que solo la Ley designada mediante la teoría de la prestación característica deberá regir a dicho contrato<sup>782</sup>.

**303.** No obstante estas dos formas de interpretar la relación del Art. 4.1 y 4.2 Reglamento Roma I, la segunda postura debe prevalecer, puesto que la determinación de la Ley aplicable a los contratos mixtos es justamente uno de los requisitos de aplicación del Art. 4.2 Reglamento Roma I, y una interpretación demasiado amplia del Art. 4.1 Reglamento Roma I, no debe interferir en el campo de aplicación de su precepto subsidiario.

### **C) Determinación de la prestación característica a los contratos mixtos.**

**304.** Se ha mencionado que es muy común en el comercio internacional, que algunos contratos contengan elementos de varios contratos de los relacionados en el Art. 4.1 Reglamento Roma I. El Art. 4.2 Reglamento Roma I utiliza la teoría de la prestación característica para identificar la Ley aplicable en este caso. No obstante, al existir elementos de dos o más contratos distintos, ¿debemos identificar el prestador característico de cuál de esos contratos?

U. MAGNUS expone que la Ley aplicable a esta clase de situaciones debe ser la de la residencia habitual del prestador característico del contrato dominante<sup>783</sup>. Es importante tener en cuenta –expone- que la lista rígida del Art. 4.1 Reglamento Roma I no se basa en su totalidad en la teoría de la

---

<sup>782</sup> Así lo entienden: A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 703.

<sup>783</sup> U. MAGNUS, “Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence...”, p. 46.



prestación característica, pues existen contratos donde para identificar la Ley aplicable se utilizan otros puntos de conexión. En consecuencia, cuando el contrato mixto reúne elementos de tipos contractuales donde su punto de conexión es basado en la teoría de la prestación característica, basta con identificar la prestación característica del contrato dominante, para que dicha Ley sea la encargada de regular la totalidad de las obligaciones contractuales.

En el caso de que el contrato mixto reúna elementos de contratos donde su factor de conexión no corresponde con la teoría de la prestación característica, la aplicación del Art. 4.2 presenta dificultades. Piénsese por ejemplo en un contrato de arrendamiento de bien inmueble, donde adicionalmente se compromete la prestación de determinados servicios. Varias alternativas serían posibles<sup>784</sup>: como el contrato de arrendamiento se regiría por el lugar de situación del inmueble y el de prestación de servicios por la residencia habitual del prestador del servicio, es imposible utilizar el Art. 4.2, y por lo tanto deberá acudir al 4.4 Reglamento Roma I. Otra alternativa sería aplicar siempre el punto de conexión del contrato que se base en la prestación característica, incluso si éste contrato no es el dominante. Por lo tanto en este ejemplo, sería la Ley del lugar del prestador del servicio.

**305.** No obstante estas dos posibilidades, el considerando 19 del Reglamento Roma I nos trae la solución para este problema: "...En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad".

---

<sup>784</sup> *Ibidem*, p. 46.

Para establecer el centro de gravedad de un contrato la doctrina ha entendido que debe atenderse a las “prestaciones más complejas” de la relación contractual<sup>785</sup>. De todas formas, parece claro que la identificación del centro de gravedad de un contrato para establecer la prestación característica, requerirá de la activa participación del juez del caso, lo que sin duda ocasionará diferencias interpretativas.

### **3. Contratos que pueden enmarcarse dentro de los ocho pero que no puede operar por “motivos técnicos”.**

**306.** Los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ señalan un tercer evento, no muy común pero perfectamente posible, donde ha de aplicarse el Art. 4.2 Reglamento Roma I. Esta posibilidad se da cuando a pesar de que el contrato se encuadre dentro de uno de los ocho contratos del Art. 4.1 Reglamento Roma I, la correspondiente designación de Ley no puede “operar”, y por lo tanto, debe acudir a la regla contemplada en el Art. 4.2. Reglamento Roma I. El argumento principal para hacer esta operación analógica es la seguridad jurídica, pues con ella se “evitaría las lagunas legales”. Exponen los profesores que el Art. 4.1 Reglamento Roma I no podría operar por motivos técnicos cuando un inmueble se encuentre ubicado en un lugar donde se disputa su soberanía, o donde existe un conflicto bélico, o cuando en un contrato de compraventa internacional de mercaderías se desconoce el lugar de la residencia del vendedor<sup>786</sup>.

## **III. LA TEORÍA DE LA PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA.**

### **1. Aspectos introductorios.**

---

<sup>785</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 711.

<sup>786</sup> *Ibidem*, p. 708.

**307.** Analizados los concretos supuestos de aplicación del Art. 4.2 Reglamento Roma I, y destacado su carácter subsidiario, se hace necesario subrayar, que es justamente para esta clase de circunstancias donde el legislador de la UE ha ubicado a la teoría de la prestación característica, abandonando el papel protagónico que ostentaba en el CR. Debe recordarse que en el CR la teoría de la prestación característica se incorporaba en la norma general que identificaba la Ley aplicable al contrato internacional, lo que conducía a una aplicación amplia y abundante. En el Reglamento Roma I el legislador ha querido imponerle a la prestación característica un papel secundario en la identificación de la *lex contractus*, aunque dotado de gran importancia, puesto que ha dejado de ser una “presunción” para convertirse ahora en regla<sup>787</sup>.

**308.** Tanto el CR como el Reglamento Roma I han tomado la teoría la prestación característica del DIPr. Suizo y especialmente de los trabajos de SCHNITZER<sup>788</sup>. Sin embargo, ninguno de los dos cuerpos jurídico contempla una definición de la prestación característica<sup>789</sup>. Por este motivo es necesario profundizar su análisis.

---

<sup>787</sup> J.J FAWCETT/J.M. CARRUTHERS/ P.NORTH, *Private International Law...*, p. 724.

<sup>788</sup> Art. 117 del Código Federal de Derecho Internacional Privado Suizo: b. *Absence of a choice of law*. 1. In the absence of a choice of law, the contract shall be governed by the law of the State with which it is most closely connected. 2 It is presumed that the closest connection exists with the State in which the party who must perform the characteristic obligation is habitually resident or, if the contract was concluded in the exercise of a professional or commercial activity, where such party has his place of business. 3 In particular, the following shall be considered the characteristic obligation: a. The obligation of the alienator, in contracts of alienation; b. The obligation of the party transferring the use of a thing or a right, in the case of contracts concerning the use of a thing or a right; c. The service provided, in the case of mandates, work and labor contracts, and similar service contracts; d. The obligation of the custodian, in custodial contracts; e. The obligation of the guarantor or the surety, in guaranty or surety contracts.

<sup>789</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Applicable law in the absence of choice to contracts ...", p. 210.

## 2. Evolución de la teoría de la prestación característica.

**309.** La teoría de la prestación característica ha sido utilizada para identificar la Ley aplicable al contrato internacional en cuerpos jurídicos de carácter interno, así como en instrumentos de fuente internacional. El importante rol que se le ha otorgado a ésta teoría al interior del sistema jurídico se justifica, puesto que la prestación característica permite descubrir la función que el contrato “ejerce en la vida económica y social del país”<sup>790</sup>.

**310.** La génesis de la teoría de la prestación característica se puede encontrar en los planteamientos que hiciera MUNHEIM en 1887, al establecer que una sola Ley se aplicara para resolver los conflictos referentes a los contratos internacionales. Planteaba que dicha Ley sería la del domicilio del deudor, o asimismo, la Ley del foro<sup>791</sup>. Posteriormente, el Instituto de Derecho Internacional adoptó en su sesión celebrada en Florencia en 1908, una resolución que diferenciaba diez tipos contractuales, y que establecía que el contrato había de regularse mediante la teoría de la prestación característica, ubicando la sede o residencia habitual de la parte que llevaba a cabo dicha prestación. De existir la imposibilidad de establecer la prestación característica, se debía acudir a la Ley del domicilio común, o a la Ley nacional común, y por último, a la Ley del lugar de celebración del contrato. Ya en 1925 el Instituto de Derecho Internacional estudiaría el informe de NOLDE, que se inclinaba en la conexión *lex loci executionis*, estableciendo que cuando el lugar de ejecución del contrato estuviera dividido en dos o más países, debía aplicarse la Ley del país donde se

---

<sup>790</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p. 19, en el mismo sentido *vid.*, G. CORDERO MOSS, "Performance of obligation as de Basis of jurisdiction...", p. 385.

<sup>791</sup> L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación...*, p. 30.

llevara a cabo la ejecución de la obligación principal o característica del contrato<sup>792</sup>.

**311.** Sin embargo, fue SCHNITZER, quien le dio un “carácter sistemático” y logró consolidar completamente teoría de la prestación característica. Para SCHNITZER el vínculo del contrato con la Ley del lugar de conclusión tenía algunas ventajas en el caso de un contrato entre presentes, pero dichas ventajas se perdían cuando el contrato era realizado entre ausentes, porque en muchos casos, este punto de conexión era fortuito. Por ello, consideraba que no era apropiado aplicar *a priori* la *lex loci contractus*, y se negaba incluso a aplicar la *lex executionis* defendida por SAVIGNY, pues consideraba que el contrato era una relación inmaterial que no tenía lugar, y por eso, creía que no era del todo apropiado hablar de “localización del contrato” (*Le contrat n'est pas un élément du monde physique mais une relation immatérielle qui n'a pas de situation géographique*)<sup>793</sup>.

En efecto, SCHNITZER exponía que el lugar de ejecución del contrato no era un idóneo punto de conexión, porque dicho lugar podría no venir determinado en el contrato, y adicionalmente, porque en muchos contratos bilaterales las partes llevaban a cabo prestaciones recíprocas, y si cada una de ellas se debía regir por el lugar de su ejecución, se llegaría a una excesiva fragmentación del contrato.

En contraste, SCHNITZER afirmaba que todos los contratos tienen una prestación que los caracteriza desde dentro, y dicha prestación tiene la condición especial de poseer “una notable fuerza de localización”. Dicha

---

<sup>792</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha por la prestación característica I: ...”, pp. 349-370; L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación...*, p. 31.

<sup>793</sup> “Pour cette raison, il n'est peut-être pas tout à fait indiqué de parler de la localisation du contrat”. A. F. SCHNITZER, “La loi applicable au contrat”, *Rev. crit. DIP*, 1955, pp. 459-484, *concr.* p. 475.

prestación en un contrato unilateral será la única existente en la relación jurídica, mientras que en los contratos bilaterales la prestación característica será la que no constituya el pago de dinero<sup>794</sup>. Entiende que en estas relaciones jurídico privadas, existe una parte que actúa en el tráfico jurídico ejerciendo una profesión (la venta, la prestación de un servicio), mientras que la otra parte no deja de ser simplemente quien recibe los servicios o bienes, y da una contraprestación económica por ellos, es decir, es el cliente<sup>795</sup>. Lo anterior porque SCHNITZER entendía que en la “economía monetaria moderna el dinero se ha convertido en la remuneración por excelencia”<sup>796</sup>. De esta forma razonaba, que el cliente cuando celebra el contrato no está ejerciendo su “función normal”, y por el contrario tiene “otra profesión”<sup>797</sup>. Esto permite identificar con facilidad que una de las partes del contrato ejerce una función principal desde el punto de vista económico, y por esta razón, debe considerársele como el “signo distintivo del contrato”<sup>798</sup>.

**312.** SHNITZER estaba convencido que con la teoría de la prestación característica se ganaba en la previsibilidad de la Ley del contrato, puesto que la ubicación del prestador característico era conocida desde el principio (la sede de la empresa, el estudio del abogado, la oficina del arquitecto etc.). Adicionalmente, con esta teoría todos los contratos firmados por el prestador característico se regirían por la misma Ley, y esto evitaría tener en cuenta la residencia o nacionalidad de los clientes, o el lugar de la celebración del

---

<sup>794</sup> L.F.CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación...*, p. 34; M.A. ANCEL, *La prestation caractéristique...*, p. 159.

<sup>795</sup> En palabras del propio SCHNITZER “Dans la vie économique, c'est toujours une seule partie qui, concluant un contrat, exerce sa fonction dans la vie économique: elle vend, elle transporte, elle assure, elle donne du crédit, elle emmagasine, etc”, A. F. SCHNITZER, " La loi applicable au...", p. 479.

<sup>796</sup> M.A. ANCEL, *La prestation caractéristique ...*, p. 156

<sup>797</sup> A. F. SCHNITZER, " La loi applicable au...", p.749; L.F.CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación...*, p. 35.

<sup>798</sup> M.A. ANCEL, *La prestation caractéristique...*, p. 156.

contrato. Un beneficio adicional era que el contrato podría ser interpretado de acuerdo con el espíritu de la Ley del prestador característico<sup>799</sup>.

**313.** Esta interpretación de SHNITZER sumada a la jurisprudencia de los tribunales Suizos, fue utilizada por el Informe GIULIANO/LAGARDE para argumentar la inclusión de la prestación característica al interior del Art. 4 CR<sup>800</sup>.

### **3. La prestación característica en el Convenio de Roma de 1980.**

**314.** La inserción de la teoría de la prestación característica en el CR fue altamente innovadora, principalmente porque estableció un punto intermedio entre la designación rígida y flexible de la ley aplicable al contrato. En efecto, en la designación de la ley aplicable mediante puntos de conexión rígidos, el interprete debe aplicarlos de una forma “casi automática” sin tener en consideración la vinculación del contrato con el país de la ley que lo va a regular. Por su parte la designación de la ley del contrato mediante puntos de conexión flexibles, exige una participación clave del operador jurídico para “identificar, evaluar y sopesar” los múltiples contactos de la relación jurídica, en una operación que incrementa “inevitablemente” su poder discrecional para identificar la conexión más estrecha entre el contrato y un país determinado<sup>801</sup>. El mérito de los puntos de conexión flexibles es que ubica al contrato en el país que presenta los contactos más relevantes, y le aplica justamente su ley para resolver el conflicto jurídico; de esta forma, se considera que la ley que regirá los destinos del contrato es la más apropiada debido a su elevado grado de vinculación con la relación jurídica.

---

<sup>799</sup> A. F. SCHNITZER, "La loi applicable au...", p. 484.

<sup>800</sup> M.A. ANCEL, *La prestation caractéristique...*, p. 155; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría...", pp. 87-120.

<sup>801</sup> U. VILLANI, "Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione...", p.578.

Sin embargo, este resultado se alcanza, tal como lo expresa U. VILLANI, sacrificando la seguridad jurídica, pues se disminuye el grado de previsibilidad de la norma de conflicto<sup>802</sup>.

**315.** La inclusión de la teoría de la prestación característica dentro del Art. 4.2 CR fue la respuesta a tres cuestiones consideradas básicas en el momento de la implementación del Convenio: 1. No dejar totalmente en manos de los jueces la elección de la Ley aplicable al contrato. 2. Garantizar la certeza del resultado en cuanto a la Ley del contrato, pues se consideraba que la norma general de los vínculos más estrechos del apartado primero, iba en contravía de este principio. 3. Establecer una conexión con el contrato “*ab intra*” que tuviera en cuenta la función “social y económica” de la relación jurídica<sup>803</sup>.

De acuerdo a estas motivaciones, el CR acudió a la teoría de la prestación característica para presumir la Ley del país más vinculado con el contrato. Así lo dispuso el párrafo segundo del Art 4 CR: “se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central.”

**316.** El objetivo principal del Art. 4.2 CR era unir la relación contractual con el país que consideraba más cercano, más vinculado con la relación jurídica, para que fuese justamente su Ley la que gobernara el contrato. Para ello, el precepto presumía que la mayor vinculación con el contrato se presentaba en la residencia habitual de aquella parte que realizaba la prestación característica.

---

<sup>802</sup> *Ibidem*, p.578.

<sup>803</sup> L.F.CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación...*,p. 44.



**317.** El CR no contenía con una definición de prestación característica, ya que en su momento se prefirió no establecerla (así como se dejó sin definir otras figuras jurídicas del Art. 4 CR como los vínculos más estrechos), pues se entendió que podría dificultar las labores de ratificación del Convenio<sup>804</sup>. Por lo tanto, se dejó que fueran la doctrina jurídica y la jurisprudencia, las que proporcionaran una definición de prestación característica, aunque la propia doctrina reconoció que no era una tarea sencilla, pues entendió que la prestación característica de un contrato es concepto “misterioso” y “casi místico” que persigue el Derecho moderno de los contratos<sup>805</sup>.

**318.** En primer lugar, se encontraba la definición “tradicional” de la prestación característica, según la cual, dicha prestación es la que “distingue un tipo contractual de otros”<sup>806</sup>. El informe oficial del CR hecho por los profesores GIULIANO y LAGARDE, exponía que en los contratos unilaterales no existe ninguna dificultad en establecer la prestación característica, pues como la prestación la lleva a cabo solo una de las partes, ésta debe ser considerada la que caracteriza el contrato<sup>807</sup>. En los contratos bilaterales, por

---

<sup>804</sup> L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación...*, p. 56.

<sup>805</sup> M.A. ANCEL, *La prestation caractéristique...*, p. 1.

<sup>806</sup> T. RAUSCHER, *Europäisches zivilprozess- und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR...*, p. 227; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 710.

<sup>807</sup> La prestación característica en un contrato unilateral puede verse en *Ark Therapeutics Plc v True North Capital Ltd.* High Court of Justice Queens Bench Division Commercial Court 20 July 2005 [2005] EWHC 1585 (Comm) 2005 WL 3463902. Se trataba de una compañía sanitaria Inglesa (Demandante) que había desarrollado un tratamiento para las úlceras conocido como “Kerraboot” de gran éxito en el Reino Unido, dicha compañía quería comercializar el tratamiento en el mercado Estadounidense y para ello firmó una carta de intención con una compañía (Demandada) de las Islas Caimán. Posteriormente la compañía Inglesa informa su deseo de no continuar con el proyecto descrito en la carta de intención, pues encuentra que hubo tergiversación fraudulenta o negligente del demandado en cuanto a su identidad y sus atributos como empresa, por lo que decide interponer la demanda. El tribunal establece que estamos en presencia de un contrato unilateral y determina que la prestación característica del contrato la lleva a cabo la empresa inglesa con el siguiente argumento: “But in any event they appeared to me to be consistent with the letter of intent

su parte, comúnmente la obligación de una de las partes consiste en el mero pago de dinero, pues bien, ésta obligación es considerada como “no característica” del contrato, lo que permite deducir que la prestación recíproca al pago es la obligación que caracteriza el contrato<sup>808</sup>. En suma, y siguiendo las palabras de P. LAGARDE la prestación característica del contrato es aquella “prestación por la que se debe el pago”<sup>809</sup>. *Ad ex.*, la construcción de un inmueble, la prestación de un servicio bancario, de transporte, o de seguro<sup>810</sup>.

En este mismo sentido, la doctrina también entendió que la prestación característica en el CR “es aquella actividad que da a un contrato su nombre”, y por lo tanto, el contrato de venta está caracterizado por la prestación llevada a cabo por el vendedor, el de prestación de servicios por

---

being a unilateral contract in the sense submitted by the Claimant. In a unilateral contract there is only one party with a legal obligation. It must follow that it is performance of that obligation which is characteristic of the contract. The guidance in the *Giuliano-Lagarde Report* is to the same effect; see Dicey and Morris, *Conflict of Laws* 13th.ed para.32–114. The Claimant is the party who is to effect performance of that obligation and its central administration is in England. It follows that English law is the applicable law of the contract.” De la misma forma puede verse: *Ophthalmic Innovations International UK Limited v Ophthalmic Innovations International Incorporated USA* HC 04 C 02071 High Court of Justice Chancery Division 16 December 2004 Neutral Citation No: [2004] EWHC 2948 Ch 2004 WL 3111427. Acuerdo de indemnización donde se establece que la prestación característica es la única existente en el contrato unilateral en los siguientes términos “Third, whether or not the Indemnification Agreement is to be regarded as a unilateral contract, there can be no doubt that the party which is to effect the characteristic performance is the defendant. Consequently, the presumption is that it is Californian law which applies to the Indemnification Agreement.”; También puede consultarse : *Armstrong International Limited v Deutsche Bank Securities Inc*, HQ03X01032 High Court of Justice Queen’s Bench Division 11 July 2003 2003 WL 21491996.

<sup>808</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable ...", p. 19.

<sup>809</sup> P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des...", p. 307.

<sup>810</sup> P. LAGARDE, "The European Convention on the law applicable to contractual obligations: An apologia", *Virginia Journal of International Law*, vol. 22 -1, 1981-1982, pp. 91-104, concr. p. 97.

el prestador de dichos servicios, el contrato de transporte es caracterizado por el transportador etc<sup>811</sup>.

**319.** Esta tesis fue seguida por un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia, entendiendo que la prestación característica era aquella que se llevaba a cabo en contraprestación al pago del precio<sup>812</sup>. Por tal motivo, la identificación de dicha prestación se debía hacer en dos tiempos: en primer lugar debía identificar la parte que llevaba a cabo el pago del precio, es decir, la prestación que se consideraba como no característica. Posteriormente y por sustracción de materia, se establecía que la otra prestación sería la que caracterizaba el contrato<sup>813</sup>. Así, en un contrato de compraventa de mercaderías, el comprador tiene la obligación del pago del dinero, por lo tanto, la obligación opuesta -entrega de la mercadería- sería la que caracterice el contrato (William Grant & Sons International Ltd v. Marie Brizard Espana SA Court of Session (Outer House) 19 January 1998).

**320.** Sin embargo, el hecho de acoger esta definición traía consigo el reconocimiento implícito de que la teoría de la prestación característica presentaba, a la hora de establecer la Ley aplicable al contrato, un ámbito de

---

<sup>811</sup> P. LAGARDE, "The European Convention on the law applicable to contractual ...", concur. p. 97.

<sup>812</sup> Así lo sostiene CARRASCOSA GONZÁLEZ "la "prestación no característica" del contrato internacional es la consistente en el "pago del precio", mientras que la "prestación característica" es aquella realizada "en cambio" del pago del precio..." J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica I: ...", pp. 349-370; En el mismo sentido "En la mayoría de los casos la prestación característica es la no dineraria..." J. RODRÍGUEZ RODRIGO, Régimen jurídico de la abogacía internacional, Comares, Granada, 2003, p. 222; "The characteristic performance, is the performance for which payment is due" J. HILL, "Choice of Law in Contract under the Rome Convention...", p. 334; "Prestación característica será pues sólo la prestación no monetaria..." L.F.CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación...*, p. 71; "...normalmente, el prestador característico será quien deba cumplir con la obligación no dineraria". J. RODRÍGUEZ RODRIGO, "Contratos internacionales de asociación y...", p. 514.

<sup>813</sup> Esta definición de prestación característica puede verse en la sentencia: Multi-members Court of First Instance of Piraeus, 3496 /2007.

aplicación bastante restringido<sup>814</sup>. Esto se debía a que solamente podría identificarse dicha prestación en contratos con la siguiente estructura: parte 1: obligación de pagar el precio; parte 2: prestar un servicio o entregar una cosa. Pues bien, muchos autores reconocieron el “alcance limitado” de la teoría de la prestación característica, al ser de utilidad para contratos en los que existía un intercambio simple de dinero por cosas o servicios<sup>815</sup>. Asimismo, el alcance restringido se podía apreciar al encontrar una enorme dificultad en los denominados contratos complejos<sup>816</sup>. Por lo tanto, cuando las partes del contrato se intercambiaban mutuamente “prestaciones no pecuniarias”, se podía decir que este contrato no tenía un prestador característico<sup>817</sup>. Esto podía suceder en un contrato de intercambio de bienes<sup>818</sup>.

**321.** Dado el carecer restrictivo de la definición tradicional de la prestación característica, y que el modelo de comercio internacional se desarrollaba mediante figuras negociables que no solo operaban bajo la estructura simple de intercambio de bienes o servicios por dinero, otro sector de la doctrina consideró que era posible analizar otras circunstancias de la relación contractual, para establecer la prestación característica del contrato: el riesgo asumido por las partes del contrato, la complejidad de las obligaciones, el hecho de que en la estructura del negocio una de las prestaciones fuera la remuneración de la otra, cuál de las partes asumía más

---

<sup>814</sup> Vid. L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación...*, p. 71.

<sup>815</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica I: ...", pp. 349-370.

<sup>816</sup> T. ZHENG, Law applicable in the absence of choice- The New Article 4 of the ...", p. 795.

<sup>817</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, p. 711.

<sup>818</sup> P. LAGARDE, "The European Convention on the law applicable to contractual ...", p. 97.

responsabilidad en la relación contractual, si el contrato se basaba en una prestación que debía ser llevada a cabo profesionalmente etc<sup>819</sup>.

De acuerdo a esto, se podían deducir ciertas prestaciones que caracterizaban cada tipo contractual, como la prestación de determinado servicio, la entrega del bien, la garantía, el transporte, entre otras. Al establecerse de esta manera, la prestación característica “será el elemento del contrato que al localizarse en un país dado, arrastrará consigo la localización de todo el contrato” ya que será su centro de gravedad<sup>820</sup>.

**322.** Con esta interpretación, se le reconocía a la teoría de la prestación característica un alcance mucho mayor que el expuesto por la tesis tradicional. Si bien esta postura no le atribuía un alcance general, es decir, que abarcaba la totalidad de contratos, lo que si hacía era considerar que la teoría de la prestación característica podía utilizarse para determinar la Ley aplicable a buena parte de los contratos internacionales, incluso si éstos ostentaban una naturaleza atípica o compleja, pues esta circunstancia no excluía automáticamente la utilización de la teoría de la prestación característica<sup>821</sup>.

**323.** Por tanto, se consideraba que característica era la prestación que aportaba “los rasgos o propiedades capitales del contrato”, es decir, la que representaba mejor el objetivo económico que buscaban las partes de la

---

<sup>819</sup> Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales...", pp. 1-7, versión *on line*; M. VIRGOS SORIANO, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las...", p. 783.

<sup>820</sup> M. VIRGOS SORIANO, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las...", p. 783.

<sup>821</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales...", pp. 1-7, versión *on line*.

relación jurídica<sup>822</sup>. De acuerdo a esto, la prestación característica podía determinarse sin inconvenientes en los contratos unilaterales, en contratos de intercambio de bienes o servicios por dinero, como la tesis tradicional. Asimismo, en los contratos donde las prestaciones de ambas partes eran de la misma naturaleza, aunque aquí, debía tenerse en cuenta aquella prestación que representaba “simplemente el pago o remuneración de la prestación pretendida”, pues dicha prestación era la que no caracterizaba el contrato, y por lo tanto, la otra sería la prestación característica<sup>823</sup>. En los contratos denominados complejos o mixtos, la determinación de la prestación característica necesitaba hacer una valoración del peso de las distintas prestaciones llevadas a cabo para determinar aquella prestación que caracterizaba “el contrato en su conjunto”<sup>824</sup>. En este caso podían suceder dos situaciones: si se combinaban prestaciones de diversos contratos en uno solo y dichas prestaciones estaban a cargo de una misma parte, no existía dificultad en establecer quién era el prestador característico. Si por el contrario, existía un mutuo intercambio de prestaciones de contratos típicos, debía analizarse si la prestación en cabeza de una de las partes podía ser considerada como dominante, o relevante. Si era así, dicha parte sería la que realizaba la prestación característica del negocio jurídico<sup>825</sup>.

Sin embargo, aunque esta postura reconocía que la teoría de la prestación característica tenía un alcance mayor, también era consciente

---

<sup>822</sup> M. VIRGOS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla...”, p. 5303.

<sup>823</sup> *Ibidem*, p. 5303.

<sup>824</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales...”, pp. 1-7, versión *on line*.

<sup>825</sup> M. VIRGOS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla...”, p. 5303; en el mismo sentido, *vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales...”, pp. 1-7, versión *on line*.

que a algunos contratos no era posible identificarles la prestación característica, y por lo tanto, se debía acudir al principio de los vínculos más estrechos para establecer la Ley del contrato.

**324.** La noción de prestación característica en el CR produjo una gran cantidad de opiniones respecto de su alcance. Sin embargo existía un aspecto que era incontrovertible, y era el hecho de que la prestación característica no podía establecerse a la totalidad de contratos internacionales. Esta certeza la otorgaba el propio Art. 4.5 CR al disponer que: “No se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica.”

En consecuencia, el CR reconocía desde el propio articulado, la existencia de ciertos contratos internacionales a los que no se les podía establecer la Ley aplicable mediante la teoría de la prestación característica<sup>826</sup>. No obstante, y aceptando las falencias de la teoría de la prestación característica para ciertos tipos de contratos, la propia doctrina ha reconocido que éstas limitaciones no eran “suficientes para justificar un rechazo” generalizado de esta teoría, pues en buena parte de los contratos internacionales, era la forma más idónea para establecer la *lex contractus*, y la que aportaba mayor seguridad jurídica<sup>827</sup>.

**325.** Finalmente, la identificación de la ley del contrato mediante la teoría de la prestación característica presenta innegables ventajas, en especial cuando sirve como elemento de concreción de una norma general como sucedía en el CR. En efecto, la prestación característica disminuye la incerteza que puede producir una norma general basada en los vínculos más

---

<sup>826</sup> J. HILL, "Choice of Law in Contract under the Rome Convention...", p. 335.

<sup>827</sup> C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas...*, p. 205.

estrechos del contrato, pues establece una solución precisa que puede ser previamente conocida por las partes. Asimismo, la prestación característica evita los problemas de calificación del contrato presentados cuando se establece una regulación individual para cada tipo de contractual, ya que solo será necesario “reconducir a tipos más generales que permiten determinar automáticamente” dicha prestación<sup>828</sup>.

#### **A) Justificación del punto de conexión residencia habitual del prestador característico en el Convenio de Roma.**

**326.** La aplicación de la Ley de la residencia habitual del prestador característico respondió a unos motivos claros de los redactores del Convenio<sup>829</sup>. Los motivos más importantes fueron los siguientes:

- Se reconocía la importancia del prestador característico, el cual era considerado como la “parte contractual productiva o activa”, al aplicar la Ley de su residencia habitual como la reguladora de la relación jurídica internacional<sup>830</sup>. De esta manera se consideraba que este contratante llevaba a cabo las prestaciones más complejas de la relación<sup>831</sup>. Es por eso, que se le permitía que una única Ley regulara su contrato, disminuyéndose considerablemente los costes jurídicos.

---

<sup>828</sup> M. VIRGOS SORIANO, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las...", p. 784.

<sup>829</sup> Es importante destacar que los redactores del CR establecieron como punto de conexión la residencia habitual del prestador característico y no el lugar de la ejecución de dicha prestación, ya que muchas sentencias obviaron este aspecto, así lo recuerdan F. RIGAUX/M. FALLON, *Droit international privé...*, p. 810, “La localisation selon la prestation caractéristique du contrat se fait au moyen de l'établissement du débiteur de cette prestation, et non de l'exécution de cette prestation”.

<sup>830</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado...*, p. 496

<sup>831</sup> U. VILLANI, "Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione...", p.582.



- El prestador característico demanda mayor “información jurídica” que la otra parte contractual, puesto que lleva a cabo la prestación más compleja, y dicha prestación, se encuentra mucho más regulada en el ordenamiento jurídico (entrega de las mercancías o la prestación de los servicios). Mientras que la obligación recíproca, que normalmente es el pago de una suma de dinero, es una prestación menos compleja y por lo tanto menos regulada<sup>832</sup>.

- La esencia de la actividad profesional del prestador característico provocaba la existencia de una multiplicidad de contratos, por ello, el CR pretendió que este conjunto de contratos quedasen gobernados bajo una única Ley, la de su residencia habitual<sup>833</sup>. Con esta decisión, el Convenio pretendía proteger al prestador característico, ya que la Ley de su residencia habitual era la norma jurídica que mejor conocía, y la que le permitía adaptar más fácilmente su comportamiento comercial. De todas formas, aunque era cierto que la otra parte del contrato se veía abocado a celebrar igualmente múltiples contratos en el desarrollo de su vida comercial, también lo era, que en muchos casos su prestación consistía únicamente en pagar una suma de dinero<sup>834</sup>.

- La aplicación de la ley del prestador característico se correspondía con el “principio del país de origen”, el cual exponía que los operadores comerciales venden sus mercancías o prestan determinados servicios en otros mercados “bajo sus condiciones”, entre las cuales están las condiciones jurídicas, lo que significa que el “riesgo de internacionalidad” se

---

<sup>832</sup> M. VIRGOS SORIANO/ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen vs. Estado...", p. 9.

<sup>833</sup> U. VILLANI, "Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione...", p. 582.

<sup>834</sup> CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. YVES BOT presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

le debe imputar al comprador, pues de esta manera, se reducen los costes de información conjuntos<sup>835</sup>.

- Asimismo, se incentivaba al prestador característico a consolidar su presencia contractual a nivel internacional, ya que se consideraba era la parte contractual que asumía más riesgos, pues requería de unos altos costes de operación en el mercado trasnacional. Por tal motivo, el hecho de establecer que la Ley de su residencia habitual regulara sus relaciones jurídicas, era un estímulo que el DIPr. encontraba plenamente justificado<sup>836</sup>.

- Con la designación de la Ley de la residencia habitual del prestador característico, se favorecía la seguridad jurídica, ya que permitía la identificación “rápida y directa” de la *lex contractus*, pues materializaba la noción de los “vínculos más estrechos” del Art. 4.1CR, y esta “localización respondía a las legítimas expectativas de las partes”<sup>837</sup>.

- Otra razón de peso para entender la prioridad dada a este factor de conexión, en palabras de P. LAGARDE, es que en el comercio internacional cuando un comerciante establece una relación contractual con otro establecido en el extranjero, se compromete a cumplir, o toma el riesgo de quedar sujeto al entorno jurídico de su contraparte<sup>838</sup>. Por lo cual, quien busca establecer la relación jurídica trasnacional, es completamente consciente que el vínculo jurídico puede ser regulado por una Ley distinta a la suya.

---

<sup>835</sup> M. VIRGOS SORIANO/ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen vs. Estado...", p. 8.

<sup>836</sup> Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría...", pp. 87-120.

<sup>837</sup> Vid. P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des...", p. 308; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría...", pp. 87-120.

<sup>838</sup> P. LAGARDE, "The European Convention on the law applicable to contractual ...", p. 97.

## B) Problemas de la teoría de la prestación característica.

**327.** La teoría de la prestación característica ha sido fuertemente criticada por la doctrina jurídica, pues se considera que beneficia al comerciante que ostenta mayor poder en perjuicio de la pequeña y mediana empresa, de igual forma porque le otorga un valor injustificado a ciertas prestaciones contractuales subvalorando la prestación monetaria. También se ha criticado a la prestación característica por que tiene un alcance limitado al solo ser de aplicación a situaciones de simple intercambio de bienes o servicios por dinero, o porque se basa en una calificación arbitraria del tipo contractual. De la misma forma, se le critica la ausencia de criterios exegéticos para su aplicación, porque no está adaptada al actual modelo de contratación internacional, no siempre remite al país con una mayor vinculación con el contrato, no es apta para regular la Ley aplicable a nivel de la UE toda vez que fue creada para el ordenamiento de Suiza, porque no ofrece una ley aplicable al contrato que represente los menores “costes globales” a las partes, entre muchas otras<sup>839</sup>. Sin embargo desde el punto de vista práctico, eran tres los principales problemas que podían obstruir la aplicación de la prestación característica para definir la Ley del contrato de acuerdo al Art. 4.2 CR: la imposibilidad de establecer la prestación característica a ciertos contratos, la designación de una Ley con escasa vinculación con el contrato, y la dificultad para establecer la sede del prestador característico.

---

<sup>839</sup> Sobre los problemas de la prestación característica, *vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales...", pp. 1-7, versión *on line*; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría...", pp. 87-120; L.F. CARRILLO POZO, " Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis través de la jurisprudencia", *Revista del Poder judicial*, nº 74, parte Estudios, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004 pp. 11-46, concr. p. 29, A. RODRÍGUEZ BENOT, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco...", p. 521; R. PLENDER, *The European Contracts Convention. The Rome...*, parr. 6-09; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre...*, p. 259; P. KAYE, *The new Private International Law...*, p. 453; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría...*, pp. 218-226.

Con respecto a la primera, era claro que al ser de utilidad en los contratos donde existía un intercambio simple de cosas o servicios por dinero, la teoría de la prestación característica en el CR dejaba por fuera una gran cantidad de relaciones jurídicas que no respondían a este esquema, ya fuera porque las prestaciones eran de igual entidad, porque se intercambiaban prestaciones no dinerarias, o porque además de comprometerse al pago de una suma de dinero, el contratante ejecutaba otras prestaciones<sup>840</sup>. En estos eventos se debía recurrir al Art. 4.5 CR para que por medio de la regla de los vínculos más estrechos se identificara la Ley del contrato. Sin embargo, los jueces nacionales erróneamente intentaron aplicar –a toda costa- la teoría de la prestación característica a estos contratos, y por supuesto, esto afectó la previsibilidad de la Ley aplicable, pues cada quien establecía sus propios criterios para encontrar una prestación inexistente.

En la segunda situación, a pesar de que se podía identificar claramente al prestador característico, la Ley de su residencia habitual no presentaba vínculos fuertes con el contrato, y por esta razón debía descartarse. Esta circunstancia era excepcional ya que teniendo en cuenta que la residencia habitual del prestador característico era un fuerte factor de conexión que solía estar acompañado por otros de vital importancia como el lugar de ejecución del contrato, solo en escenarios poco habituales no identificaría la Ley más cercana a la relación jurídica. Este acontecimiento se podía presentar cuando la residencia habitual del prestador característico era “aislada” o “accidental”, es decir, cuando los demás elementos de la relación jurídica se agrupaban en un país distinto al de la residencia habitual

---

<sup>840</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría...", pp. 87-120; L.F. CARRILLO POZO, " Ley aplicable al contrato en defecto de elección: ...", p. 29.

del prestador característico<sup>841</sup>. Por lo tanto, la Ley designada presentaba una incidencia limitada o nula en la economía del contrato<sup>842</sup>.

Por último, el tercer obstáculo para la determinación de la teoría de la prestación característica en el CR, se presentó cuando a pesar de que el contrato era de aquellos que contaban con un prestador característico, no podía establecerse la residencia habitual de la parte contractual que llevaba a cabo dicha prestación, como en la hipótesis poco probable de ausencia total de residencia, o cuando la prestación característica se debía desde dos países distintos<sup>843</sup>.

**328.** Estos tres principales problemas produjeron que la aplicación de la teoría de la prestación característica en el CR fuera por un lado limitada y por el otro desigual. La jurisprudencia del CR demostró que no existió uniformidad para establecer la parte que llevaba a cabo la prestación característica incluso en casos sencillos, y adicionalmente, que no existió una frontera definida entre la aplicación de la presunción del Art. 4.2 CR y la cláusula de cierre, pero sobre todo, con respecto a la aplicación de la cláusula de escape.

**329.** No obstante las críticas y las limitaciones que podía tener la teoría de la prestación característica en el CR, se debe reconocer que cumplía un papel primordial al interior de la estructura del Art. 4 CR, donde su presencia contribuía a fortalecer la seguridad jurídica mediante el incremento de la previsibilidad de la elección de la ley aplicable. En efecto,

---

<sup>841</sup> Vid. L.F. CARRILLO POZO, " Ley aplicable al contrato en defecto de elección: ...", p. 30.

<sup>842</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales...", pp. 1-7, versión *on line*.

<sup>843</sup> *Court of Appeal (Civil Division)* de Inglaterra y Gales de 28 de julio de 1998 (*Governor and Company of the Bank of Scotland of the Mound c. David Butcher*) Vid L.F. CARRILLO POZO, " Ley aplicable al contrato en defecto de elección: ...", p. 30.

como la teoría de la prestación característica tenía la misión de concretar la amplitud de la regla de los vínculos más estrechos, permitía que los contratantes pudiesen conocer previamente la ley que se aplicaría a su contrato, y si bien es cierto, dicha previsibilidad no puede asimilarse a la conseguida mediante disposiciones totalmente rígidas como las contenidas en el Art. 4.1 Reglamento Roma I, también lo es, que sin la presencia de la teoría de la prestación característica en el Art. 4 CR, la incerteza de la ley aplicable sería mucho mayor, y lógicamente se disminuiría altamente la seguridad jurídica.

### **C) La prestación característica en la jurisprudencia del Convenio de Roma.**

**330.** El Convenio de Roma ha dejado una gran cantidad de decisiones judiciales en donde se determina la Ley aplicable mediante la identificación del prestador característico del contrato. El análisis de estas sentencias permiten concluir que aunque en muchos contratos los tribunales tuvieron problemas en definir el prestador característico, en otros contratos, sin embargo, no existió especial dificultad en la identificación del prestador característico, y se definió sin problemas la Ley aplicable a la relación jurídica.

En este sentido se puede ver que en el contrato de diseño la prestación característica la llevaba a cabo el diseñador, esto fue lo que estableció la Corte de Apelación de Dinamarca. Se trataba de un proceso de reclamación por el pago del precio pactado en un contrato de diseño de un sitio *web*, entre un diseñador –demandante- con residencia en Dinamarca y su cliente –demandado- con residencia en Suiza. La Corte de acuerdo al Art. 4.2 CR utiliza la presunción para establecer la Ley del país con una mayor conexión con el contrato, definiendo que la Ley del país donde el prestador característico tenga su administración central será la norma

jurídica que rija el contrato. En el presente caso fue la Ley Danesa, puesto que el prestador característico (diseñador) tenía su administración central en dicho país<sup>844</sup>.

**331.** En el contrato de *confirming* la prestación característica la llevaba a cabo el banco confirmador. Así lo estableció el tribunal inglés en *Bank of Baroda v. Vysya Bank Ltd.* En una relación jurídica entre el banco emisor y el banco confirmador, la prestación característica de este contrato la llevaba a cabo el banco confirmador, pues aunque el banco emisor tenía la responsabilidad de reembolsar o indemnizar al banco confirmador, esta obligación era consecuencia del carácter del contrato, y en sí misma no caracterizaba el contrato<sup>845</sup>.

En un contrato de fianza la prestación característica la constituía el pago del dinero por parte del garante de la obligación. Así lo definió la Corte de Apelación de Inglaterra en los siguientes términos: "...Under a contract of guarantee, there is no room for doubt that the obligation characteristic of the performance is the payment of money by the guarantor and thus that a simple application of the presumption in Article 4(2) would render the law of Egypt the governing law in this case"<sup>846</sup>.

La prestación característica en un contrato de seguro, era la llevada a cabo por la compañía aseguradora, así lo confirma la sentencia en el caso

---

<sup>844</sup> 1st Mover APS v Direct Hedge SA Before the Østre Landesrets (Eastern Court of Appeal, Denmark) 7 March 2002 [2003] I.L.Pr. 31.

<sup>845</sup> "...under a contract between an issuing bank and a confirming bank the performance which is characteristic of the contract is the adding of its confirmation by the latter and its honouring of the obligations accepted thereby in relation to the beneficiary. The liability on the part of the issuing bank to reimburse or indemnify the confirming bank is consequential on the character of the contract; it does not itself characterize the contract." *Bank of Baroda v Vysya Bank Ltd* Queen's Bench Division (Commercial Court) 13 December 1993, [1994] 2 Lloyd's Rep. 87.

<sup>846</sup> *Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd* Court of Appeal (Civil Division) 21 December 2001 Case Analysis [2001] EWCA Civ 2019.

American Motorists Insurance Co (AMICO) v. Cellstar Corp Court of Appeal<sup>847</sup>. De la misma forma, la Corte de Casación Francesa determinó que la empresa de seguros era la que llevaba a cabo la prestación característica del contrato, y por lo tanto, la Ley del país donde la compañía aseguradora tenía su administración central, fue la que reguló dicho contrato de seguro<sup>848</sup>.

En el caso donde mediante un contrato se invierte dinero en una compañía ya sea por la emisión de acciones o por la vía de un préstamo, la prestación característica es la emisión de las acciones o el reembolso del dinero. Así lo definió un tribunal inglés en *Mirchandani v Somaia*<sup>849</sup>.

En un contrato de corretaje la prestación que caracteriza la relación jurídica es la llevada a cabo por el corredor o mediador. Es lo que estableció la sentencia *BD Sports & Consulting v. Deansworld Corporation*. Se trataba de un contrato entre un francés (agente) y una empresa irlandesa, donde las partes acordaron colaborar en forma exclusiva durante tres meses para asegurar la contratación de un jugador de fútbol por un club Italiano. Las partes se comprometieron a compartir las comisiones, honorarios y reembolsos que eventualmente se pudieran pagar por el club que realizara la contratación. El tribunal consideró que la relación jurídica era un contrato de corretaje y que la prestación característica de dicho contrato era la que llevaba a cabo el agente deportivo francés quien colocó al jugador. Por lo

---

<sup>847</sup> American Motorists Insurance Co (AMICO) v Cellstar Corp Court of Appeal (Civil Division) 04 March 2003.

<sup>848</sup> Se trataba de un contrato suscrito entre un francés con domicilio en USA, y la empresa aseguradora con sede en islas Man. *Vid.* Cas. Civ. Primero, 22 de mayo de 2007, X. v. Royal Skandia. *Vid.* A. MOURRE/ Y. AHO, "Chronicle of Private International Law applied to business", *De Droit des affaires internationals*, nº 6, 2007, version *online*.

<sup>849</sup> *Mirchandani v Somaia* Chancery Division 23 February 2001.



tanto el tribunal utilizó la Ley francesa (lugar de residencia habitual del agente francés) para dirimir el conflicto<sup>850</sup>.

Asimismo, en el contrato de agencia se estableció que el agente era el prestador característico<sup>851</sup>, en un contrato de prestación de servicios jurídicos el prestador característico fue el prestador de los servicios (abogado)<sup>852</sup>, para los contratos de cuenta bancaria la prestación característica de dicha relación jurídica la llevaba a cabo la entidad bancaria<sup>853</sup>.

**332.** El contrato de compraventa internacional de mercaderías fue tal vez uno de los contratos que menos problemas presentó en la identificación del prestador característico. Buena parte de las sentencias sostuvieron que "la prestación que caracteriza al contrato es precisamente la venta o entrega de la mercadería lo que conlleva a la aplicación de la Ley de la residencia del vendedor"<sup>854</sup>.

Así lo estableció una sentencia Escocesa: *William Grant & Sons International Ltd v. Marie Brizard Espana SA*<sup>855</sup>. El caso se refería a una

---

<sup>850</sup> CA Aix en Provence, 21 September 2006, *BD Sports & Consulting v. Deansworld Corporation, A. MOURRE/ Y. AHOU*, "Chronicle of Private International Law applied to business", *De Droit des affaires internationales*, nº 6, 2005, version online.

<sup>851</sup> *Bata v. Beugro* (Hof. Leeuwaarden) N J. 1984 No.745,2663.

<sup>852</sup> Tribunal de Grande Instance, Paris, in *S v. K and ors*, 3 Feb. 1982, D. 1983 J. 146.

<sup>853</sup> Así lo define la corte en la sentencia *Sierra Leone Telecommunications Co Ltd v Barclays Bank plc. Queen's Bench Division*: "It is presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect 'characteristic performance' has its central administration. In the case of a bank account, such party will be the bank." *Sierra Leone Telecommunications Co Ltd v Barclays Bank plc. Queen's Bench Division* (Commercial Court) 6 February 1998 [1998] C.L.C. 501.

<sup>854</sup> SAP, Barcelona, de 21 de marzo de 2003.

<sup>855</sup> *William Grant & Sons International Ltd v Marie Brizard Espana SA* Court of Session (Outer House) 19 January 1998.

empresa escocesa fabricante de *Whisky* que vendía sus productos a una empresa Española. La empresa escocesa reclamó judicialmente el pago del saldo pendiente de unas facturas. El tribunal determinó mediante el Art. 4.2 CR la Ley aplicable al contrato basado en la prestación característica, en donde quedó claro que el vendedor escocés fue la parte que llevó a cabo dicha prestación, y por lo tanto, su Ley rigió el contrato.

De la misma forma se pueden encontrar sentencias que siguieron este mismo lineamiento reconociendo que el prestador característico en el contrato de compraventa era el vendedor. Se trataba de un contrato de compraventa internacional de mercancías concluido entre un vendedor cubano y un comprador francés. El tribunal analizó el Art. 4.2 del CR definiendo que la prestación característica del contrato era la entrega de la mercancía por parte del vendedor cubano, por lo tanto fue su Ley la que se aplicó al contrato<sup>856</sup>.

En algunas otras sentencias el juez buscó el prestador más característico de la obligación, afortunadamente llegando a la misma conclusión. En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona lo estableció en los siguientes términos: “Tratándose de una compraventa, la prestación más característica es la entrega de la cosa, realizada por la actora y vendedora, cuya administración central se hallaba y se halla en la Ciudad de Barcelona. Luego el derecho aplicable en virtud del cual se ha de

---

<sup>856</sup>Grenoble, Corn, November 28 2002, *AZ Industrie v. Entreprise*, *vid. A. MOURRE/ Y. AHOU*, “Chronicle of Private International Law applied to business”, *De Droit des affaires internationals*, nº 6, 2003, version *online*; en el mismo sentido, en un contrato de compraventa de cabezas de ganado entre una empresa alemana (Vendedora) y una empresa española (Compradora), donde se alega incumplimiento en la obligación de pago y la contraparte aduce inconformidad en la mercancía. El tribunal analiza la prestación característica definiendo que en la compraventa la constituye la entrega, por lo tanto define que la ley aplicable es la Alemana, finalmente aplica la CV al ser los dos Estados parte en dicho Convenio, SJPI, San Cristóbal de la Laguna, de 23 de octubre de 2007.

determinar el lugar del pago es el derecho español”<sup>857</sup>. Esta postura también la reconoció la Audiencia Provincial de Murcia: “Y en el caso que nos ocupa es claro que la prestación más característica no era otra que la que debía realizar la mercantil vendedora, que tenía su administración central en Irlanda, y no la que tenía que hacer la parte compradora, que tenía su administración central en España. En efecto, es indiscutible que, en la compraventa internacional que nos ocupa, la prestación más característica no era otra que la entrega del cargamento de arenque que la empresa irlandesa vendedora debía realizar a la empresa española compradora”<sup>858</sup>.

**333.** No obstante la clara posición de la mayoría de tribunales respecto de la prestación característica en el contrato de compraventa, existieron decisiones judiciales que no reconocieron la existencia de un prestador característico en este contrato. La Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 5ª) defendió esta errada postura en los siguientes términos: “siendo el contrato de compraventa sinalagmático, bilateral y generador de obligaciones mutuas, tanto la obligación de entrega de la cosa vendida como la de abono del precio son correlativas y de igual rango, no pudiendo mantenerse válidamente, como sostiene la parte apelante que la Ley aplicable será la inglesa por ser la obligación de entrega la característica de la compraventa, cuando equivalente a la misma es el abono del precio...”<sup>859</sup>.

Claramente la AP Vizcaya erró en su análisis al equiparar la obligación de entrega con la obligación de pago, entendiendo que ambas partes realizan el mismo esfuerzo comercial y asumen los mismos riesgos

---

<sup>857</sup> Se trataba de una compraventa mercantil de tejidos celebrada entre una empresa española con domicilio en España como vendedora, y otra de nacionalidad inglesa con domicilio en el Reino Unido como compradora, se reclama judicialmente el pago del precio. SAP Barcelona, 7 de junio de 1999.

<sup>858</sup> SAP, Murcia, de 18 de marzo de 2010.

<sup>859</sup> SAP, Vizcaya, de 5 de noviembre de 2003.

de la operación transnacional. Lo que resulta más incomprensible es que la Audiencia fue en contravía, no solamente la abundante jurisprudencia existente para la época de la providencia, sino también, del explícito informe GIULIANO/LAGARDE en esta clase de contratos.

Como conclusión se puede afirmar que fue generalizado el reconocimiento jurisprudencial de la parte que llevaba a cabo la prestación característica en el contrato de compraventa, recayendo dicho reconocimiento en el vendedor. No obstante, existieron aisladas decisiones que no reconocieron un prestador característico para este contrato.

#### **4. La teoría de la prestación característica en el Reglamento Roma I.**

**334.** Con el nuevo Art. 4 Reglamento Roma I la teoría de la prestación característica ha sufrido cambios notables, unos que se pueden denominar de forma y otros de fondo. Los primeros se ven reflejados en la reducción del papel de dicha teoría al interior del Art. 4, y en el hecho de que en el Reglamento Roma I ha dejado de ser una presunción. Las modificaciones en cuanto al fondo se pueden apreciar en la introducción del concepto del centro de gravedad. Se analizarán cada uno de estos aspectos.

En el CR la teoría de la prestación característica tenía un rol protagónico al ser de utilidad en la norma general para designar la Ley aplicable al contrato internacional. Sin embargo, con la transformación del CR en un Reglamento de la UE, su papel se vio considerablemente reducido por varias razones. El Art. 4.1 Reglamento Roma I ha adoptado normas rígidas para determinar la Ley aplicable a ocho de los contratos más utilizados en el comercio internacional actual, limitando así, la teoría de la prestación característica<sup>860</sup>. En efecto, el Art. 4 Reglamento Roma I no trae

---

<sup>860</sup> H. KENFACK, "Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 ...", p. 20.

presunciones en su norma general, sino que identifica de manera ágil y rígida la Ley aplicable a ocho de los principales contratos del comercio transnacional. Ésta decisión se tomó buscando una mayor certeza de resultado en la designación de la Ley aplicable, dado los múltiples problemas presentados durante la vigencia del CR. El Art 4.2 Reglamento Roma I utiliza la teoría de la prestación característica para determinar la Ley aplicable a aquellos contratos que no pueden incluirse en la lista de los ocho principales contratos del Art 4.1. Reglamento Roma I. Esto deja al descubierto la intención del legislador de la UE de otorgarle a la teoría de la prestación característica un rol bastante modesto, pues su papel ahora es secundario, ya que solo se podrá acudir a ella cuando no sea posible utilizar el apartado primero del Art. 4 Reglamento Roma I<sup>861</sup>.

**335.** Por otra parte, un cambio importante de la teoría de la prestación característica respecto de lo contemplado en el CR, es que ha dejado de ser una presunción de la regla de los vínculos más estrechos. Como se recordará, en el Convenio se presumía que el contrato tenía los vínculos más estrechos con la Ley de la residencia habitual del prestador característico, esto provocaba que la teoría de la prestación característica estuviese subordinada al principio general del Art. 4.1 CR<sup>862</sup>. Ahora en el Art. 4 Reglamento Roma I ya no existe este grado de subordinación, la teoría de la prestación característica es una “norma de conflicto clásica” e independiente y no una presunción, lo que le permite su aplicación directa cuando se cumplan las condiciones que el propio Art. 4 Reglamento Roma I estipula<sup>863</sup>.

---

<sup>861</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p. 174.

<sup>862</sup> U. VILLANI, "Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione...", p. 593.

<sup>863</sup> H. KENFACK, "Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin...", p. 27.

Sin duda estos cambios van a subsanar los múltiples problemas interpretativos del alcance de la teoría de la prestación característica presentados en la aplicación del CR.

### **A) Modificación de la teoría de la prestación característica en el Reglamento Roma I.**

**336.** El Reglamento Roma I no solamente ha disminuido el papel de la teoría de la prestación característica para identificar la Ley aplicable al contrato internacional, sino que también la ha replanteado. En efecto, el Reglamento Roma I ha introducido un nuevo enfoque de la teoría de la prestación característica, basado principalmente en el considerando 19 Reglamento Roma I.

El Reglamento Roma I distingue en primer lugar los contratos sinalagmáticos en donde hay un simple intercambio de cosas o servicios por dinero, y le aplica la interpretación tradicional del Informe GIULIANO/LAGARDE, donde la prestación característica es la no dineraria. Hasta aquí nada ha cambiado. No obstante, para aquellos contratos que no operan con el anterior sistema transaccional, es decir, contratos complejos, mixtos, y con prestaciones de distinta naturaleza, debe determinarse la prestación característica mediante la identificación de su centro de gravedad<sup>864</sup>. Así lo establece el Considerando 19 Reglamento Roma I: “En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad.”

---

<sup>864</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 710.

Esta reformulación de la teoría de la prestación característica, permite que ahora pueda ser utilizada con mucha más amplitud para elegir la *lex contractus*, superando así, buena parte de las dificultades presentadas bajo el CR. Por otra parte, el centro de gravedad del contrato constituye ahora un aspecto de vital importancia para entender la teoría de la prestación característica, es por eso que se hace vital entender su significado.

#### a) El centro de gravedad del contrato.

**337.** El legislador de la UE ha introducido a la teoría de la prestación característica el concepto de “centro de gravedad” del contrato. Conviene entonces tratar de descubrir la intención del legislador en este aspecto, y para ello se acudirá a la doctrina. Para los profesores A. CALVO y J. CARRASCOSA, el centro de gravedad del contrato se debe establecer analizando el equilibrio de las prestaciones de cada contrato en particular, y en especial, analizando las prestaciones más complejas del mismo; aunque entienden la dificultad de establecer el “carácter más complejo” de las prestaciones del contrato. Por lo tanto, debe dejarse a un lado el tradicional análisis de la sola estructura, categoría o tipo de contrato utilizado en el CR, para establecer la Ley del contrato mediante el análisis del equilibrio las distintas obligaciones que han configurado los contratantes<sup>865</sup>. Otro autor considera necesario tener en cuenta la naturaleza del contrato, el objetivo y la función socio-económica del contrato, así como las obligaciones que distinguen el tipo contractual<sup>866</sup>.

En suma, la determinación de la prestación característica en los contratos que no operan con una estructura simple de intercambio de cosas

---

<sup>865</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, p. 711.

<sup>866</sup> T. ZHENG, Law applicable in the absence of choice- The New Article 4 of ...”, concr. p. 795.

o servicios por dinero, requerirá necesariamente de una valoración caso por caso, de las distintas obligaciones llevadas a cabo por los contratantes, donde el juez estimará cuál de ellas presenta una complejidad mayor, que la lleve a identificar el contrato en su conjunto. De todas formas, es claro que a la hora de establecer el centro de gravedad del contrato, el juez del caso va a tener una participación muy activa, pues es quien valorará el balance entre las distintas obligaciones contractuales, y en última instancia, tomará la decisión discrecionalmente.

#### **b) Determinación de la prestación característica en el Reglamento Roma I.**

**338.** Tras las modificaciones que el Reglamento Roma I ha introducido a la teoría de la prestación característica, puede decirse que opera de la siguiente manera: en los contratos unilaterales, la prestación característica es la única obligación existente (donación, mandato, depositarios de custodia en virtud de un comodato, contrato gratuito mediante escritura etc<sup>867</sup>). En los contratos donde se realiza un intercambio simple de dinero por bienes o servicios, la identificación de la prestación característica no presenta ningún problema, pues simplemente ha de establecerse cuál es la prestación no dineraria, y dicha prestación será la que caracteriza el contrato, y por ende, la Ley de la residencia habitual de la parte que deba realizar dicha prestación, será la que gobierne el contrato. Si el contrato es de aquellos que no corresponden a un intercambio simple de bienes o servicios por dinero, pero claramente una de sus prestaciones puede considerarse como más compleja que otra, dicha prestación será la que caracteriza el contrato, pues es su centro de gravedad de acuerdo al Reglamento Roma I. Para los contratos que no son un intercambio simple de bienes o servicios por dinero, ni cuentan con un centro de gravedad, debe

---

<sup>867</sup> P. KAYE, *The new private international law ...*, p. 181.



aplicárseles el Art. 4.4 Reglamento Roma I, ya que estos contratos no tienen prestación característica, pues ninguna de sus obligaciones tiene un peso mayor que las otras en el contrato<sup>868</sup>.

**339.** En consecuencia, con el Art. 4.2 Reglamento Roma I el legislador de la UE ha querido solucionar los graves inconvenientes que presentó la aplicación de la teoría de la prestación característica en el CR. En primer lugar, porque al ubicarlo como norma subsidiaria, solo será de aplicación en casos especiales cuando no pueda operar el Art. 4.1 Reglamento Roma I. Esto no es baladí, puesto que debe recordarse que la aplicación de la teoría de la prestación característica en el Convenio era vital, ya que se consagraba en la norma general de designación de la Ley aplicable (Art. 4.2 CR), y por lo tanto, a todo contrato –salvo las excepciones- debía aplicársele dicha teoría para identificar la Ley del contrato. En segundo lugar, al incorporarle el concepto de centro de gravedad, se permite identificar la prestación característica analizando las prestaciones más complejas de la relación, lo que admite ampliar el ámbito de aplicación de la teoría, pues no solamente se aplicará a relaciones donde exista un intercambio simple de cosas o servicios por dinero.

Por lo tanto, la teoría de la prestación característica ubicada en el Art. 4.2 Reglamento Roma I es una herramienta subsidiaria fundamental en el engranaje del Art. 4 Reglamento Roma I, que brinda seguridad jurídica a los contratantes, pues permite identificar la ley del contrato con un elevado nivel de previsibilidad, porque el juez designará la ley, sin indagar si ésta presenta o no un vínculo estrecho con el contrato; y así, la designación de la ley aplicable al contrato internacional se hará de un modo más directo, lo que permite ser previamente conocida por las partes del contrato.

---

<sup>868</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, pp 196-197.

**B) La teoría de la prestación característica y la previsibilidad de la ley aplicable al contrato internacional.**

**340.** La inclusión de la teoría de la prestación característica en el CR y su traslado al Reglamento Roma I, tiene como principal objetivo aumentar la seguridad jurídica mediante la incorporación de un punto de conexión que tenga un alto grado de previsibilidad para las partes del contrato, es decir, un punto de conexión que pueda ser conocido *ex ante*, no solamente por el operador jurídico, sino sobre todo, por los contratantes<sup>869</sup>. Por ello, la teoría de la prestación característica es considerada como un punto de conexión con un alto nivel de rigidez, ya que el operador jurídico no atenderá a la vinculación del contrato con un país determinado, sino que aplicará directamente este punto de conexión.

**341.** Sin embargo, con la reformulación de la teoría de la prestación característica por parte del Reglamento Roma I, la previsibilidad de este punto de conexión ha sufrido variaciones, de acuerdo a si se está en presencia de un contrato con un sistema simple de intercambio de cosas o servicios por dinero, o si por el contrario, es un contrato complejo, mixto, y con prestaciones de distinta naturaleza. Se analizará cada situación.

**a) Previsibilidad de la teoría de la prestación característica en los contratos con un intercambio simple de cosas o servicios por dinero.**

**342.** En los contratos donde se realiza un intercambio simple de cosas o servicios por dinero, y que por ende, se les aplica la noción tradicional de la teoría de la prestación característica, siguen conservando un elevado nivel de previsibilidad, que les permite a las partes conocer

---

<sup>869</sup> F. VISCHER, "The concept of the characteristic performance Reviewed", *Liber amicorum G. A. L. Droz, Kluwer Law Int*, The Hague, 1996, pp. 299 y ss.

previamente la ley que regulará su contrato internacional. Esto sucede porque el juez no analiza la totalidad de contactos del contrato para identificar la ley aplicable, sino que identifica la prestación característica, que en este caso es la prestación no dineraria. De acuerdo a lo anterior, la determinación de la ley aplicable al contrato internacional se hace con un elevado nivel de rigidez y de automaticidad.

En conclusión, la determinación de la ley aplicable al contrato internacional, mediante la teoría de la prestación característica del Art. 4.2 Reglamento Roma I, se hace con un elevado nivel de previsibilidad, cuando el contrato es un intercambio simple de cosas o servicios por dinero.

**b) Previsibilidad de la teoría de la prestación característica en los contratos que no responden a un intercambio simple de cosas o servicios por dinero.**

**343.** Para aquellos contratos a los que no se les puede aplicar el apartado primero del Art. 4 Reglamento Roma I, y que no responden a un intercambio de cosas o servicios por dinero, es decir, contratos complejos, mixtos, y con prestaciones de distinta naturaleza, el Reglamento Roma I ha establecido que la teoría de la prestación característica debe definirse en función del “centro de gravedad del contrato”<sup>870</sup>. Como se vio, el centro de gravedad del contrato debe identificarse valorando las prestaciones más complejas de la relación contractual, es decir, es una operación que en muchas ocasiones se hace caso a caso. En efecto, el juez debe analizar las distintas obligaciones llevadas a cabo por los contratantes, y debe identificar la obligación más compleja de la relación jurídica, y dicha obligación, determinará el centro de gravedad del contrato, y llevará a aplicar la ley de la

---

<sup>870</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 711; T. ZHENG, Law applicable in the absence of choice- The New Article 4 of ...”, concr. p. 795.

residencia habitual de la parte que lleva a cabo dicha prestación, que en este caso, se considera la prestación característica.

Lo anterior, repercute directamente en la previsibilidad de la ley aplicable, puesto que este análisis lo deberá hacer el juez normalmente *a posteriori*, es decir, lo hará analizando en el caso concreto, el conjunto de prestaciones llevadas a cabo por los contratantes. Esto provocará que las partes del contrato no puedan conocer con un elevado nivel de certeza la ley que regulará su contrato, puesto que, en todo caso, requerirá de una valoración discrecional del operador judicial.

En suma, cuando la determinación de la prestación característica del contrato se hace por medio de la identificación de su centro de gravedad, la previsibilidad de la ley aplicable disminuye, puesto que no puede ser conocida *ex ante* por los contratantes, y esto los llevará a asumir unos costes conflictuales más elevados, puesto que no podrán valorar los costes conflictuales con anterioridad.

## CAPÍTULO V

### LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN EL ARTÍCULO 4 REGLAMENTO ROMA I.

#### I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS.

##### 1. Consideraciones iniciales.

**344.** La norma de conflicto se ha constituido a través de los años en una pieza clave del comercio internacional, brindando a los interesados soluciones “seguras, estables, precisas y claras”, pero principalmente, proporcionando soluciones justas, en cuanto a la designación de la Ley aplicable al contrato internacional<sup>871</sup>. En efecto, la norma de conflicto proporciona seguridad jurídica a los intercambios comerciales internacionales, pues pone fin a la incertidumbre que provoca la pluralidad normativa.

Para alcanzar un elevado nivel de justicia, los legisladores introducen en la norma de conflicto puntos de conexión con un alto grado de previsibilidad, ya que una Ley previsible, no toma por sorpresa a las partes del contrato, y por ende, les permite una fácil adaptación de su conducta comercial, lo cual disminuye los costes judiciales. No obstante el esfuerzo de los legisladores, la adaptación del punto de conexión de una norma de conflicto a la realidad comercial, resulta en algunos casos bastante complejo. Efectivamente, en algunas circunstancias concretas, el punto de conexión no establece una Ley idónea para regular el contrato, pues ata el negocio jurídico a un país que no mantiene una conexión real con el mismo. Como

---

<sup>871</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional...*, p. 147.

consecuencia de esto, un país diferente al señalado por la norma de conflicto, presenta un mayor grado de vinculación con la relación jurídica, y es justamente la Ley de dicho país, la normatividad jurídica que los contratantes esperan ver aplicada a su negocio jurídico. Dicho de otro modo, cuando la norma de conflicto remite a un país con una escasa o nula vinculación con el contrato, y existe otro país con una mayor relación con la situación jurídica, la Ley que las partes esperan aplicar a su contrato internacional, es precisamente la Ley que presenta una fuerte vinculación con su negocio jurídico<sup>872</sup>. Este problema se presenta principalmente, cuando el legislador escoge puntos de conexión con un elevado nivel de rigidez, pues al pretender minimizar la discrecionalidad judicial, provoca que la norma de conflicto tenga especial dificultad para adaptarse a la realidad del contrato.

Una de las soluciones que han encontrado los legisladores para resolver este problema, es la inclusión de una cláusula de excepción en la norma de conflicto. Mediante ella, el legislador espera corregir la remisión a una Ley que no cumple con el objetivo de la norma de conflicto, es decir, conduce a un “resultado injusto”. Con la incorporación de una cláusula de excepción, el resultado que consigue el legislador es el siguiente: el punto de conexión principal define la Ley aplicable para la generalidad de contratos, y la cláusula de excepción, se encarga de los casos difíciles<sup>873</sup>.

**345.** Esta cláusula de excepción, en palabras de M. ANCEL, tiene una doble connotación: es un acto de confesión y un acto de enmienda. Un acto de confesión, cuando reconoce la “insuficiencia irreductible de la técnica” a la hora de asignar una Ley nacional a una situación jurídica

---

<sup>872</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional...*, p. 150

<sup>873</sup> *Ibidem*, p. 166.

transnacional. Y un acto de enmienda, cuando corrige la designación de Ley, evitando que se haga caso omiso a los intereses que se deben preservar<sup>874</sup>.

**346.** De acuerdo a lo anterior se puede afirmar que la cláusula de excepción, es una disposición jurídica que pretende conseguir un elevado nivel de vinculación, entre la situación jurídica internacional y la Ley nacional que deberá regularla, mediante la exclusión del punto de conexión planteado en la norma de conflicto general, en el evento en que la Ley designada, presente una escasa e insignificante vinculación con la relación jurídica. De esta forma, un Derecho nacional provisto de una mayor vinculación con el asunto, sustituirá la Ley previamente establecida<sup>875</sup>.

Sin embargo es necesario precisar, que la sustitución de la elección hecha por medio de la norma general, no puede justificarse en el hecho de que una norma material nacional otorgue una solución más convincente al caso concreto, sino en el hecho de que un país distinto al determinado previamente por la disposición general, presenta una mayor vinculación con la relación jurídica que da origen al litigio<sup>876</sup>. En efecto, el juez no puede desplazar la norma general mediante la cláusula de excepción, argumentando que la Ley material de otro país es más idónea para regular el contrato, o que dicha normativa se adapta mejor a las circunstancias del caso. El juez lo que debe valorar, es el grado de vinculación de la relación jurídica con un determinado país, y si cumple con el nivel de vinculación que impone la propia norma, podrá desatenderse la Ley designada previamente en la disposición general, para reemplazarla por otra.

---

<sup>874</sup> M.A. ANCEL, *La prestation caractéristique...*, p. 337.

<sup>875</sup> C. ESPLUGUES MOTA/J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho Internacional Privado*, p. 190.

<sup>876</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado...*, p.117.

**347.** La cláusula de excepción o de escape, ha sido utilizada en normas de DIPr. de origen interno, o de fuente internacional. Efectivamente, se ha incorporado la cláusula de excepción a Leyes internas de DIPr., *ad ex.* la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987. De la misma forma, se ha incluido en cuerpos jurídicos de carácter internacional como el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, o el Reglamento Roma II relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

**348.** Por otra parte, y de acuerdo a un objetivo previamente establecido, algunas cláusulas de excepción o de escape descartan la aplicación de unas normas concretas, es decir, se encargan de sustituir la previa elección de ley hecha por unas determinadas disposiciones, *ad ex.*, el Art. 4.3 Reglamento Roma I descarta solamente la aplicación de los apartados 1, 2 del Art. 4 Reglamento Roma I. Por el contrario, otras cláusulas de excepción descartan la aplicación de la generalidad de normas de conflicto inmersas en un cuerpo jurídico. Tal es el caso del Art. 15 de la Ley de DIPr. Suiza.

## **2. Cláusula de excepción en normas internas e internacionales.**

### **A) La cláusula de excepción en las normas internas.**

**349.** Varios cuerpos jurídicos de carácter interno consagran dentro de sus normas cláusulas de excepción. En primer lugar se puede ver la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987, donde en su Art. 15 trae la denominada "*exception clause*" en los siguientes términos: "1. The law designated by this Code shall not be applied in those exceptional situations where, in light of all circumstances, it is manifest that the case has only a very limited connection with that law and has a much closer connection with another law. 2. This article is not applicable in the case of a choice of law by the parties."



Esta es una cláusula de excepción general, pues se aplica a todas las normas de conflicto presentes en la Ley, excepto cuando se admite la autonomía conflictual. Permite este precepto, descartar el Derecho previamente designado por la Ley, cuando excepcionalmente, y de acuerdo a las circunstancias propias del caso, aparece de forma manifiesta que la relación jurídica presenta un débil vínculo con dicho ordenamiento jurídico, y al mismo tiempo, presenta una mayor vinculación con otro Derecho<sup>877</sup>.

**350.** Otro país que consagra en su Derecho interno una cláusula de excepción es Bélgica. El Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica de 2004 presenta en su Art. 19 una cláusula de excepción que sigue buena parte de lo contenido en la cláusula de excepción de la Ley Suiza<sup>878</sup>. Esta cláusula de excepción pretende ser usada como una herramienta de corrección de la Ley previamente designada, pero bajo unos precisos y restrictivos términos, ya que solo puede ser utilizada por vía de excepción, si resulta de forma manifiesta que la relación jurídica ostenta una muy débil conexión con el país designado por la norma general, pero al mismo tiempo, existen unos vínculos más estrechos con otro país<sup>879</sup>.

---

<sup>877</sup> “El Derecho designado por la presente ley no será aplicable, excepcionalmente, si a la vista de las circunstancias, resulta manifiesto que el supuesto litigioso no presenta más que una débil vinculación con dicho Derecho, encontrándose en una relación mucho más estrecha con otro Derecho”. *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado...*, p. 117.

<sup>878</sup> Art. 19 Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica: “Uitzonderingsclausule. 1. Het door deze wet aangewezen recht is uitzonderlijk niet van toepassing wanneer uit het geheel van de omstandigheden kennelijk blijkt dat het geval slechts een zeer zwakke band heeft met de Staat waarvan het recht is aangewezen maar zeer nauw is verbonden met een andere Staat. In dit geval wordt het recht van deze andere Staat toegepast. Bij de toepassing van het eerste lid wordt inzonderheid rekening gehouden met : — de nood aan voorspelbaarheid van het toepasselijk recht, en — de omstandigheid dat de betrokken rechtsverhouding geldig tot stand kwam volgens de regels van internationaal privaatrecht van Staten waarmee die rechtsverhouding verbonden was bij haar totstandkoming. 2. Paragraaf 1 is niet van toepassing in geval van rechtskeuze door de partijen overeenkomstig de bepalingen van deze wet, of in geval de aanwijzing van het toepasselijk recht steunt op de inhoud ervan”.

<sup>879</sup> P. MCELEAVY, "Codification of Private International Law: The Belgian Experience", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, April 2005, pp. 499-519, conc. p. 514.

Dos importantes restricciones para el uso de la cláusula de excepción trae el Art. 19.2 del Código de DIPr. de Bélgica: en primer lugar la cláusula no puede ser empleada cuando las partes han escogido su Ley aplicable, y en segundo término, cuando la designación de la Ley “depende del contenido del Derecho aplicable”<sup>880</sup>.

**351.** De la misma forma, la nueva Ley de Derecho internacional privado de Macedonia de 2007 recoge la esencia de la Ley de DIPr. Suiza, plasmando en su Art. 3 la cláusula de excepción. De acuerdo con dicho artículo, la Ley determinada mediante la Ley de DIPr. de 2007- es decir mediante las normas generales-, no se aplicará en casos excepcionales donde es evidente, de acuerdo a las circunstancias del caso, que no existe una significativa conexión con dicha Ley, pero existe unos vínculos manifiestamente más estrechos con la Ley de otro Estado. En su párrafo 2 se excluye la aplicación de la excepción, cuando las partes han hecho una elección de Ley<sup>881</sup>.

## **B) La cláusula de excepción en las normas de fuente internacional.**

**352.** Al igual que en los Derechos internos, cuerpos jurídicos supranacionales recogen dentro de su articulado la cláusula de excepción. Un ejemplo se puede hallar en el Art. 4.3 del Reglamento Roma II, que reza de la siguiente manera: “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la Ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por

---

<sup>880</sup> M. FALLON, "La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 56, nº 2, 2004, pp. 821-835, concr. p. 825.

<sup>881</sup> T. DESKOSKI, "The new Macedonian private international law act of 2007", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 441-458, concr. p. 443.

ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión.”

**353.** De igual forma, el reformulado Art. 4.3 Reglamento Roma I, contienen una cláusula que permite dejar de aplicar la Ley establecida bajo las normas de conflicto generales. Sin embargo, antes de analizar esta novedosa disposición, es conveniente estudiar la cláusula de escape contenida en el Art. 4.5 del Convenio de Roma de 1980, no solo porque la cláusula de excepción del Reglamento está fuertemente influenciada en dicho precepto, sino porque la utilización de la cláusula de escape del Art. 4.5 CR presentó un enorme debate doctrinal y jurisprudencial, que sin lugar a dudas, tendrá gran influencia en la aplicación de la cláusula de excepción del Reglamento Roma I.

### **3. La cláusula de escape en el Convenio de Roma de 1980.**

**354.** El Art 4.5 CR era una disposición que tenía utilidad en dos eventos concretos: como una cláusula de cierre, es decir, cuando no podían funcionar las presunciones, y como cláusula de escape, cuando el contrato tenía vínculos más estrechos con un país distinto al designado de acuerdo a las presunciones<sup>882</sup>. Para estos dos acontecimientos, el precepto establecía que se debía aplicar la Ley del país con el que el contrato presentara los vínculos más estrechos. El análisis del siguiente apartado se centrará en el Art. 4.5 CR, en los eventos que opera como cláusula de escape.

**355.** El CR preveía que en algunos casos la Ley designada mediante las presunciones del Art 4, no correspondía a la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato. Este hecho ocurría porque en eventos concretos, la teoría de la prestación característica podía “producir

---

<sup>882</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 131; F. RIGAUX/M. FALLON, *Droit international privé...*, p. 810.

resultados artificiales”, que contradecían las expectativas de las partes en cuanto a la Ley aplicable<sup>883</sup>. Por este motivo, el CR otorgaba la posibilidad de abstenerse de aplicar las presunciones, para que por medio del Art. 4.5, se designara la Ley del país que tuviera un vínculo más cercano con el contrato.

La razón de ser de la cláusula de escape, como lo explica el Informe GIULIANO/LAGARDE, es que teniendo en cuenta el carácter general del Art. 4 CR, (que solo admite dos excepciones: contratos de trabajo, y de consumidores) se hacía indispensable otorgar la posibilidad de aplicar una Ley distinta a la establecida mediante las presunciones, cuando existiera una Ley con una mayor vinculación con el contrato<sup>884</sup>. Es decir, cuando al determinarse la Ley aplicable al contrato mediante las presunciones, éstas fallaran en la designación de la Ley mayormente vinculada con el negocio jurídico<sup>885</sup>. Aunque era claro que esta disposición entregaba un amplio margen de discrecionalidad al juez del caso para apreciar cuándo debe apartarse de la Ley designada mediante las presunciones, éste margen se

---

<sup>883</sup> D. MARTINY, “The applicable law to contracts in the absence of choice (Art. 4 Rome Convention...”, p. 19.

<sup>884</sup> Sobre el contrato de *trabajo* en el CR puede verse: Cour de Cassation (Ch. soc.) Du 12 novembre 2002; STSJ, Madrid, de 18 de julio de 2005 AS\2005\2905; Cas. Soc., Noviembre de 2005 B, Soc. Q. Invertir v. M. X; Cass. Soc., 23 November 2005, X v. Lucas Diesel; The English Queen’s Bench Division (QBD (Comm) , Base Metal Trading c. Shamurin); C. Paris, February 19 2002, Horphag Research v. Van Hoegaerden; Cass. Soc. 25 April 2007, X v. City of Charleroi; Cass. soc., 23 March 2005, X v. EFRD; Corte Di Cassazione, Sentenza 26 maggio 2008 n. 13547. Sobre el contrato de *consumo* en el CR puede verse: Court of appeal of Colmar, 18 February 2004, Raspiller v. Eurohypo; Supreme Court, Cass. Lux. 12 May 2005, Anen v. Hotel Management and Consulting; Court of Appeal of Piraeus 475/2007.

<sup>885</sup> *Vid.* M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable ...”, p. 19; asimismo *vid.* Conclusiones del abogado general SR. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

justificaba al ser los apartados 2, 3 y 4 del Art. 4 CR una norma de carácter general, que sería de aplicación a la mayoría de contratos internacionales<sup>886</sup>.

En suma, ésta era una verdadera cláusula de escape, pues se imponía sobre las presunciones del Art. 4 CR cuando existía una vinculación más estrecha del contrato con otro país<sup>887</sup>. En otras palabras, esta disposición permitía evadir la aplicación de la Ley previamente designada mediante los apartados 2, 3 y 4 del Art. 4 CR, cuando no podían identificar la Ley más vinculada con el negocio jurídico. Así lo establece el párrafo segundo del Art. 4.5 CR: "...Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país".

**356.** El Artículo 4 CR, fue la disposición que más dudas presentó en el transcurso de sus 20 años de aplicación, y como es lógico, no estuvo exenta de polémica. El punto más controvertido lo constituyó, sin lugar a dudas, la interacción entre las presunciones del Art 4 CR, con el principio de los vínculos más estrechos establecido como norma general en el Art. 4.1, pero muy especialmente el plasmado como cláusula de escape en el Art. 4.5 CR<sup>888</sup>. En efecto, la forma de aplicar esta cláusula de escape mantuvo una interesante lucha en la doctrina Internacional privatista, donde su punto álgido era la pugna entre la aplicación excepcional y rígida de la cláusula de escape (solo se debe usar para casos "excepcionales" donde las presunciones lleven a aplicar la Ley de un Estado que no tiene el vínculo

---

<sup>886</sup> Vid. Conclusiones del abogado general Sr. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV; M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...",p. 19.

<sup>887</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 130.

<sup>888</sup> M.A. ANCEL, *La prestation caractéristique...*, p. 421.

más estrecho con el contrato), *versus*, una utilización sin restricciones basadas siempre en el caso concreto<sup>889</sup>.

Los distintos tribunales fueron tomando partido y contribuyeron con sus decisiones a agudizar el problema, generando una desigualdad jurisprudencial que iba en total contravía del objetivo trazado por el Convenio. Fue así como los tribunales Escocia y Los Países Bajos “tendían a confiar en la presunción”, mientras que tribunales de países como Inglaterra utilizaban libremente la cláusula de escape para refutar la presunción<sup>890</sup>. Quizás sea útil exponer las dos más importantes tendencias recaídas sobre la relación de las presunciones con la cláusula de escape del CR, a fin de valorar sus argumentos y establecer las consecuencias prácticas de su implementación.

#### **A) Modelo de presunciones débiles (*Weak Model*).**

**357.** Quienes acogían el “modelo débil” se basaban en una lectura literal del Art. 4 CR, donde consideraban que el apartado primero consagraba el objetivo general de la disposición, y que el apartado segundo era simplemente una herramienta para alcanzar dicho objetivo; de tal suerte que si el Art. 4.2 no lograba concretar el objetivo general, podía ser desplazado por el Art. 4.5 CR<sup>891</sup>. En otras palabras, entendieron que el CR al consagrar en su Art. 4.1 que “...el contrato se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”, no impuso requisitos

---

<sup>889</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “ El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las...”, p. 100.

<sup>890</sup> J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p. 521.

<sup>891</sup> *Vid.* S. ATRILL, “Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of the Article 4 Jigsaw?”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, nº 3, (Jul., 2004), pp. 549-577, *concr.* p. 553; C. BIANCA /A. GIARDINA, “ Convenzione sulla legge applicabile alle ...”, p. 961.

adicionales para que en todo caso, esta norma general debiese ser siempre cumplida por el juez<sup>892</sup>. Por tanto, era claro que la regla de los vínculos más estrechos ostentaba un rol principal, y éste debía ser reconocido, puesto que las presunciones y la cláusula de escape, estaban fundamentadas en este principio<sup>893</sup>. Lo anterior permitía concluir que la Ley aplicable al contrato, debía identificarse caso a caso utilizando siempre y en todo momento la regla de los vínculos más estrechos<sup>894</sup>.

Esta era una tendencia “fluctuante y flexible”, pues la exclusión de la Ley determinada mediante las presunciones, se hacía sin unas directrices estrictas, ya fuese determinando la Ley aplicable directamente por la regla de los vínculos más estrechos sin previamente analizar las presunciones, o motivando su exclusión<sup>895</sup>.

**358.** Bajo este parámetro general, al interior del modelo de presunciones débiles se presentaron diversas tendencias, que diferían entre ellas, dependiendo del rol que se le atribuía a las presunciones<sup>896</sup>:

---

<sup>892</sup> Sobre la aplicación del Art. 4.1 CR como norma general para establecer la ley del contrato puede verse la sentencia: Brussels civil Tribunal, 8th chamber, March 172000, *Lyonnais de Banque v. Delbecqer hambro, Revista*, vid. A. MOURRE/ Y. AHO, “Chronicle of Private International Law applied to business”, *De Droit des affaires internationales*, no 4, 2003, versión *online*.

<sup>893</sup> C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas...*, p. 209.

<sup>894</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto Intercontainer Interfrigo y su repercusión en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, vol. 3, nº 1, pp. 302-315, *concr.* p. 307.

<sup>895</sup> Conclusiones del abogado general SR. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

<sup>896</sup> Siguiendo la exposición del profesor Carrascosa en, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos internacionales, prestación característica y la teoría...*, p. 97.

a. En primer lugar, la visión extrema de este modelo planteaba que la presunción operaba solo para determinar la Ley aplicable cuando un contrato tuviese una fuerte vinculación con más de un país, pues tenía la función de inclinar la balanza hacia uno de ellos<sup>897</sup>. De esta forma, era claro que se le instituía un rol residual a las presunciones, pues para establecer la *lex contractus*, el tribunal, en un primer momento, debía basarse en todas las circunstancias que rodeaban el caso concreto, y solo si existían grandes incertidumbres en la determinación del país más vinculado con el contrato, acudiría a las presunciones.

b. Otra perspectiva, ubicaba a las presunciones en el mismo nivel que los demás elementos del contrato. Por lo tanto, el juez a la hora de designar la Ley aplicable acudiría a todos los factores de conexión dentro de los cuales se encontraban las mencionadas presunciones, pero siempre identificando la Ley del país con el que el contrato presentase los vínculos más estrechos. Esta interpretación fue seguida por la Corte de Casación francesa al considerar que: “en aplicación del artículo 4, apartado 1, del Convenio de Roma, el contrato se rige por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos; que resulta de la interpretación conjunta de los apartados 2 y 5 que, para determinar la Ley más apropiada, el juez que conoce del asunto debe comparar los vínculos existentes entre el contrato y, por una parte, el país en el que la parte que deba realizar la prestación característica tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato y, por otra parte, el otro país en cuestión, y buscar aquel con el que presente los vínculos más estrechos”<sup>898</sup>. En esta sentencia, el juez entiende que el contrato se rige siempre por la ley que presente los

---

<sup>897</sup> J. HILL, "Choice of Law in Contract under the Rome Convention...", p. 339.

<sup>898</sup> Cour de cassation (Francia) de 19 de diciembre de 2006 (cass com n° 05-19.723), *vid.* Conclusiones del abogado general SR. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.



vínculos más estrechos, pero para descubrirlos, pone en grado de igualdad a las presunciones, con los demás elementos del contrato.

c. Un tercer enfoque doctrinal consideraba, que a pesar de que en todo caso el juez debía aplicar la Ley que presentase los vínculos más estrechos con el contrato, las presunciones tenían un destacado papel a la hora de determinar dicha Ley. Quienes mantenían esta postura consideraban que, para una correcta aplicación del Art. 4 CR, debía tenerse presente el criterio de conexión “vínculos más estrechos” expuesto en el apartado primero, pues este punto de conexión gobernaba todo el Art. 4 y debía aplicarse siempre, por lo que el operador jurídico no podía aducir ningún argumento tendente a su exclusión; y aclaraban, que las excepciones que traía el artículo no recaían sobre el principio de los vínculos más estrechos sino sobre las presunciones<sup>899</sup>. No obstante, el juez del caso debía siempre determinar la prestación característica del contrato pues se consideraba un “índice privilegiado”<sup>900</sup>. En otras palabras, el juez debía apoyarse en la prestación característica del contrato para que la Ley del país del prestador característico rigiese la obligación. Sin embargo, si existía otra Ley con mayor vinculación con el negocio jurídico debería, en todo caso, aplicar dicha Ley.

Un claro ejemplo de esta interpretación puede verse en *Bank of Baroda v. Vysya Bank Ltd Queen's Bench Division*<sup>901</sup>. Un Banco Indio (Vysia) por instrucción de una compañía India (Aditya) emitió una carta de crédito a favor de una compañía Irlandesa con oficina en Londres, en

---

<sup>899</sup> L.F. CARRILLO POZO, " Ley aplicable al contrato en defecto de elección: ...", p.15.

<sup>900</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>901</sup> *Bank of Baroda v. Vysya Bank Ltd Queen's Bench Division (Commercial Court)* 13 December 1993, [1994] 2 Lloyd's Rep. 87.

relación con una compraventa de mercancías (lingotes de hierro) que debía ser enviada desde Letonia hasta la India. Dicho crédito fue confirmado por otro banco Indio (Bank Baroda) a través de su sucursal en Londres, ya que el Banco Vysia no contaba con sucursales en el Reino Unido. Posteriormente, Vysia autorizó al Banco Baroda a reclamar el reembolso en la fecha de vencimiento previamente establecida, pero ésta no se hizo efectiva debido a una disputa en relación con la mercancía comprada, por lo que posteriormente y a través de sus abogados retiró dicha autorización. Por tanto el Banco Baroda (confirmador) reclama daños y perjuicios al Banco Vysia en relación al retiro de la autorización para reclamar el reembolso del dinero. La Corte analizó que la relación jurídica estaba conformada por varios contratos al margen del contrato de compraventa inicial: contrato entre el comprador y el banco emisor, contrato entre el banco emisor y el banco confirmador, contrato entre el banco confirmador y el vendedor, contrato entre el banco emisor y el vendedor. La Corte examinó el Art 4.2 CR y estableció que la prestación característica del contrato entre el banco emisor y el banco confirmador la llevó a cabo el banco confirmador y definió que, aunque la administración central del banco confirmador se encontraba en la India, la operación se llevó a cabo por parte de su sucursal en Londres, y por lo tanto, la Ley Inglesa debía regular dicho contrato. En relación con el contrato entre el banco confirmador y el beneficiario también determinó que debía ser regulado por la Ley Inglesa.

El punto culminante de esta sentencia se encuentra en la determinación de la Ley aplicable al contrato entre el banco emisor (con sede en la India) y el beneficiario (con sede en Irlanda). Según Vysia (banco emisor), el contrato debía ser regulado por la legislación India, ya que la prestación característica en este caso la llevaba a cabo el banco emisor, y como la administración central del banco se encontraba en la India, la Ley de ese país indudablemente debería regular el contrato. No obstante estas consideraciones, la Corte tomó un camino distinto para determinar la *lex*

*contractus* en este caso. Pues a pesar de aceptar que la presunción del Art. 4.2 CR llevaría a aplicar la Ley India, expuso que ésta es una "clásica demostración de la necesidad y la conveniencia del Art. 4.5 CR". Basado en este aspecto, la Corte determinó que la Ley Inglesa presentaba una conexión más estrecha con el contrato, y por ese motivo, la presunción debía ser desatendida. El factor que fue considerado relevante por la Corte, fue el hecho de que la emisión de la carta de crédito se efectuó a través del *National Westminster* en Londres.

Es importante destacar que la Corte utilizó siempre las presunciones para establecer la Ley del contrato, solo que esgrimió un criterio flexible para desatenderlas en beneficio del Art. 4.5 CR. Esta decisión la tomó probablemente influenciada por el hecho de que ya había decidido aplicar la Ley Inglesa a los demás contratos por medio de la prestación característica del Art. 4.2 CR<sup>902</sup>.

**359.** El modelo de presunciones débiles fue seguido principalmente por los tribunales ingleses, quienes intentaron preservar la flexibilidad de la cláusula de escape, manteniendo la posición de que las presunciones debían ser desplazadas, *en todo caso*, cuando otra Ley estuviese mejor conectada con el contrato<sup>903</sup>. Esta "particular" interpretación fue utilizada especialmente cuando la residencia habitual de la parte que llevaba a cabo la prestación característica, estaba ubicada en un país diferente a donde dicha prestación debía cumplirse (*Definitely Maybe (Touring) Ltda. v. Marek Lieberberg Konzertagentur GMBH*)<sup>904</sup>. Esta postura como lo revela U. VILLANI

---

<sup>902</sup> J. HILL, "Choice of Law in Contract under the Rome Convention...", p. 341.

<sup>903</sup> J. O'BRIEN, *Conflict of Law*, p. 345.

<sup>904</sup> Se trataba de un contrato de prestación de servicios musicales por parte de un grupo de pop inglés en una ciudad alemana. Por incumplimiento contractual el prestador del servicio demanda ante un juez inglés, quien en lugar de aplicar la presunción del Art. 4.2 Residencia habitual del prestador característico -que en este caso claramente era el grupo musical

obedeció a que los tribunales ingleses siguieron literalmente lo estipulado por la "Biblia" doctrinal inglesa sobre el conflicto de Leyes: "*Dicey and Morris, The Conflict of Laws*"<sup>905</sup>. Dicha doctrina establecía que "the presumption may most easily be displaced in those cases where the place of performance differs from the place of business of the party whose performance is characteristic of the contract"<sup>906</sup>.

Con esta forma de interpretar el Art. 4 CR, los tribunales ingleses quisieron mantener la aproximación contenida en el *common law*, esto es, buscando, en todos los casos, la conexión más estrecha con el negocio jurídico<sup>907</sup>. En Inglaterra tres reglas habían sido desarrolladas para asistir al juez a la hora de establecer la Ley aplicable al contrato<sup>908</sup>: en primer lugar se acudía a la Ley elegida por las partes (*rule 1: Whether there is an express selection of the proper law by the parties*), en ausencia de elección el *common law* buscaba inferir la Ley aplicable de los términos y circunstancias de contrato (*rule 2: Whether there is an implied selection*), y de no ser posible, el contrato sería gobernado por el sistema legal con el que el

---

inglés- determina la ley aplicable basado en el lugar donde la prestación característica es cumplida, en este caso Alemania, para lo cual descarta la presunción del Art. 4.2 en beneficio del Art.4.5 CR. *Definitely Maybe (Touring) Ltda. V. Marek Lieberberg Konzertagentur GMBH* [2001] 1 WLR 1745. Sobre este aspecto *vid*, J.J. FAWCETT, "A United Kingdom Perspective on the Rome I ...", p. 196.

<sup>905</sup> U. VILLANI, "La legge applicabile in mancanza di scelta dei...", p. 197.

<sup>906</sup> L. COLLINS (ed.), *Dicey and Morris on the conflict of laws...*, parr. 32-127.

<sup>907</sup> R.FENTIMAN, "Choice of law in Europe: Uniformity and Integration", *Tulane Law Review*, vol. 82, Issue 5 (May 2008), pp. 2021-2052, conocr. p. 2047.

<sup>908</sup> Sobre la aplicación del *common law* pueden verse: *Coast Lines Ltd v. Hudig and Veder Chartering NV* [1972]2 QB 34); *Amin Rasheed Corpn v. Kuwait Insurance Co.* [1984] AC 50, 61; *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltda. v. James Miller and Partners Ltda.* [1790] A.C. 583.

contrato presentara los vínculos más estrechos y reales (*rule 3: “system of law with which the transaction had its closest and most real connection”*)<sup>909</sup>.

Por lo tanto, el juez inglés estaba dotado de un amplio margen de discrecionalidad para establecer la *lex contractus* mediante la regla de los vínculos más estrechos, pudiendo acudir a todos los elementos presentes en el caso concreto. No obstante, un importante factor de conexión que el tribunal tenía en cuenta, era si las partes desarrollaban sus prestaciones en el mismo país, pues esta circunstancia podía inclinar la balanza hacia la Ley de ese país. Este mismo *test* era utilizado en la determinación de la Ley aplicable bajo el Art. 4 CR desplazando el uso de las presunciones, pues entendían que las mencionadas presunciones “oscurecían la búsqueda de los vínculos más estrechos”<sup>910</sup>.

En suma, con la entrada en vigor del CR la determinación de la Ley aplicable al contrato en defecto de elección, se vio limitada por la inclusión en el Art. 4 CR de una serie de presunciones que moderaban la regla de los vínculos más estrechos. Este nuevo cambio no fue bien recibido por el operador jurídico inglés, quien encontró en la cláusula de escape una salida para aplicar los criterios utilizados en su norma interna, desplazando sin límites las presunciones de los Art. 4.1, 2 y 3 CR, incluso en casos tan extremos como *Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd*<sup>911</sup>.

---

<sup>909</sup> *Bonython v. Commonwealth of Australia* [1951] A.C. 201,219; *vid.* G. M. McGUINNESS, "The Rome Convention: The contracting parties' Choice", *San Diego Int'l L.J.*, Vol 1, 127, 2000, pp. 217-173, *concr.* p. 135.

<sup>910</sup> U. VILLANI, "La legge applicabile in mancanza di scelta dei...", p. 197.

<sup>911</sup> *Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd* Court of Appeal (Civil Division) 21 December 2001, [2001] EWCA Civ 2019.

**360.** Se trataba de un contrato de garantía firmado por una empresa egipcia en favor de una empresa inglesa, donde en primera instancia el juez rechazó la existencia de una cláusula de elección de Ley. El tribunal de apelación identificó la prestación característica del contrato estableciendo que era el pago del dinero por el garante, por lo que la sola aplicación de la presunción derivaría en la designación de la Ley de Egipto. Posteriormente, hace un análisis del peso que cada tribunal debe atribuirle a la presunción en un caso determinado, y se pregunta ¿cuándo puede hacer caso omiso de dicha elección y establecer la Ley mediante los vínculos más estrechos? Responde a esa inquietud, exponiendo que las presunciones solo serán desatendidas en circunstancias donde claramente quede demostrado la existencia de un factor de conexión que justifique el reemplazo de la Ley elegida mediante las mencionadas presunciones.

A pesar de esta clara posición, sorprendentemente el tribunal determinó que el hecho de que la obligación de pago en virtud del contrato de garantía, debía llevarse a cabo en Inglaterra, y el hecho de que el lugar de entrega de las mercancías en el contrato principal de distribución que dio origen a la garantía fuera también Inglaterra, eran elementos suficientemente fuertes para descartar la elección de Ley mediante la presunción del 4.2 CR, que en este caso, llevaría a aplicar la Ley de Egipto. Por esta razón el tribunal de apelación ha aplicado la Ley inglesa.

En el presente litigio, a pesar de que el contrato tenía vínculos con Inglaterra, el tribunal claramente debió aplicar la Ley de Egipto, pues era el lugar de la sede del prestador característico, que para el caso concreto era el garante de la obligación<sup>912</sup>. Esta decisión tomó por sorpresa incluso a la

---

<sup>912</sup> Court of Appeal, Civil division, December 212001, Samcrete Egypt Engineers v. Land Rover Expor, *vid.* A. MOURRE/ Y. AHOU, "Chronicle of Private International Law applied to business", *De Droit des affaires internationals*, No 6, 2003, version online.

doctrina de los países que defiende las presunciones débiles<sup>913</sup>. Lo anterior porque está claro que el tribunal da un mayor peso al país donde se lleva a cabo la prestación característica, en detrimento de lo establecido por el CR en la presunción<sup>914</sup>: “el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga”<sup>915</sup>. No parece entonces que sea fruto de la casualidad que en la mayoría de los casos la Ley considerada más estrechamente relacionada con el contrato sea la Ley del foro, como también puede verse en *Kenburn Waste Management Ltd v Bergmann Court of Appeal*<sup>916</sup>.

**361.** Pero no solamente los jueces ingleses sostuvieron esta interpretación, también se pueden encontrar decisiones judiciales de otros jueces de los Estados parte<sup>917</sup>. Un tribunal francés descartó la aplicación de las presunciones por considerar que el contrato tenía vínculos más estrechos con otro país, pues en el contrato se había pactado que el pago se

---

<sup>913</sup> “This is a surprising conclusion, even if a weak presumption theory is adopted”. *Vid.* J. HILL, “Choice of Law in Contract under the Rome Convention...”, p. 341.

<sup>914</sup> En posición contraria una sentencia de la Corte de Casación Francesa le da la razón al Tribunal de apelación, cuando establece que debe aplicarse la ley del lugar de la residencia habitual del prestador característico (Países Bajos), y no la ley del lugar donde la prestación ha de cumplirse.(Francia); Cass. Com., October 19, 2010, *Société JFA Chantier naval v. Société Kerstholt VOF*. *Vid.* Y. AHOU/ M. NIOCHE, “Chronicle of Private International Law applied to business”, *De Droit des affaires internationales*, nº 3, 2010, pp. 321-341, *concr.* p. 321.

<sup>915</sup> Artículo 4.2 Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Diario Oficial nºC 027 de 26/01/1998 p. 0034 – 0046.

<sup>916</sup> *Kenburn Waste Management Ltd v Bergmann Court of Appeal (Civil Division)* 30 January 2002 [2002] EWCA Civ 98.

<sup>917</sup> El Tribunal de Udine mantiene esta postura en una decisión sobre un contrato de excavación de un túnel, celebrado entre una empresa Italiana y una autoridad local de Austria. El tribunal, al analizar la prestación característica del contrato para determinar la ley aplicable, expone que la presunción establecida en el art 4.2 CR (residencia habitual del prestador característico) puede ser refutada, y cambiada por la ley del país que esté más estrechamente conectado con el contrato. Por esta razón determinó que la ley aplicable al caso era la ley australiana. *Tribunale di Udine*, 2 August 2002, *Ravanelli v. HTB*; *vid.* A. MOURRE / Y. AHOU, “Chronicle of Private International Law applied to business”, *De Droit des affaires internationales*, No 6, 2004, version online.

realizaría en moneda francesa, y los efectos del contrato recaían directamente en Francia<sup>918</sup>.

Otro caso donde puede verse claramente una aplicación demasiado amplia de la cláusula de escape lo trae la jurisprudencia Italiana. Se trataba de un contrato donde un vendedor alemán, además de obligarse a la entrega de la mercancía, tenía la obligación de la instalación y puesta en funcionamiento de los bienes vendidos en Italia. La Corte descartó la aplicación de la Ley de la sede del prestador característico -que en este caso era el vendedor alemán-, por considerar que el contrato estaba más estrechamente conectado con Italia, porque tanto la obligación de entrega, como la de puesta en funcionamiento, se debía cumplir en Italia. En este caso indudablemente la Corte ha debido aplicar la Ley alemana, pues a pesar de que el contrato tenía conexión con Italia, dichas conexiones no eran de tal entidad que provocaran la inaplicación de las presunciones. Sin embargo, al aplicarse la teoría de las presunciones débiles, el juzgador encontró en los puntos de conexión con Italia, una razón de peso para aplicar la Ley del foro<sup>919</sup>.

**362.** Al mismo tiempo en que un sector de la jurisprudencia mantenía la teoría de las presunciones débiles, otros tribunales habían

---

<sup>918</sup> Versailles Court of appeal, 12th ch., 2 nd sect., 16 September 2004, SARL Ecco France v. SARL Ecco France Diffusion: Una empresa Holandesa compró a una empresa Danesa la totalidad de las acciones de una filial de distribución ésta tenía en Francia, pactando además que el vendedor Danés continuaría la relación comercial con su antigua filial. Posteriormente la empresa Danesa terminó la relación comercial con dicha filial, y creó una nueva empresa para la distribución en Francia. El comprador Holandés y su filial interpusieron demanda por incumplimiento contractual. El tribunal descartó la aplicación de la ley de la residencia habitual del prestador característico, y determinó que existía un país más conectado con el contrato -Francia-. Para llegar a esta conclusión, se basó en que el precio de la compraventa se realizó en la moneda francesa, los efectos de la transferencia se encontraban en Francia donde la filial llevaba a cabo la distribución, independientemente de que las partes tuviesen domicilio en el extranjero. *Vid.* A. MOURRE/ Y. AHOU, "Chronicle of Private International Law applied to business", *De Droit des affaires internationales*, No 6, 2003, version *online*.

<sup>919</sup> Corte di Cassazione. s.u, June 6 2002, Jazbinsek v. Piberplaf.



criticado la aplicación excesiva de la cláusula de escape del Art 4.5 CR, y habían concebido una jurisprudencia que radicalmente defendía la aplicación de las presunciones, y establecía su carácter excepcional. Dicha postura obtuvo pronta respuesta en la sentencia ICF v Balkenende Oosthuizen BV. En este caso se establece que no se debe restringir la utilización de la cláusula de escape únicamente a los casos donde el criterio de conexión indicado por las presunciones, no tuviera un genuino valor de conexión<sup>920</sup>.

**363.** Muchas críticas recibió el modelo de presunciones débiles, pues se consideraba que atentaba gravemente contra la seguridad jurídica, al permitir un amplio margen de discrecionalidad al juez en la determinación de la Ley aplicable, quien podía descartar sin restricciones la Ley establecida mediante las presunciones<sup>921</sup>. Al debilitarse el valor de las presunciones, se abrió la puerta a una anulación automática de la norma general, la cual fue utilizada por muchos tribunales para forzar la designación de la Ley del foro, lo que desembocó en la inseguridad jurídica abundantemente conocida<sup>922</sup>.

## **B) Modelo de presunciones fuertes (*Strong Model*).**

**364.** El modelo de presunciones fuertes, consideraba que las presunciones del Art. 4 CR solo podían ser desatendidas en casos excepcionales. La versión más extrema de este modelo planteaba que el tribunal no podía desplazar la Ley elegida mediante las presunciones, a menos que dicha Ley “no tenga un significado real como factor de conexión”<sup>923</sup>. Por lo tanto, la Ley del país designada mediante las

---

<sup>920</sup> Vid. J.HILL / A.CHONG, *International commercial disputes*, p. 521.

<sup>921</sup> P. A. DE MIGUEL ASENSIO, " Applicable law in the absence of choice to contracts ...", p. 203.

<sup>922</sup> E. LEIN, "The New Rome I/Rome II/ Brussels ...", conc. p.185.

<sup>923</sup> La concepción extrema del modelo de presunciones fuertes fue propuesto por el Tribunal Supremo de los Países Bajos en la sentencia: *Société Nouvelle des Papeteries de l'Aa v*

presunciones, debía aplicarse siempre y directamente, y tan solo excepcionalmente podría ser desplazada por el Art. 4.5 CR. Se trataba de que la aplicación de la regla basada en los vínculos más estrechos (Art 4.5 CR), debía ser relegada a un segundo plano de importancia, en beneficio de la presunción, pues el Art 4 tenía la intención de otorgar un especial significado a la residencia habitual o en su caso a la administración central de la parte que llevaba a cabo la prestación característica, como expresión máxima de la fuerte vinculación de un país con el contrato<sup>924</sup>.

**365.** Esta interpretación podía ser vista desde dos ópticas<sup>925</sup>:

a. La primera entendía que el Art 4 CR contenía presunciones *iuris tantum* que debían imperiosamente aplicarse, a menos que se aportase prueba en contrario<sup>926</sup>. Por lo tanto, el juez debía ubicar la Ley del contrato mediante las presunciones, y si alguna de las partes entendiera que los vínculos más estrechos de la relación jurídica residían en otro país, obligatoriamente debería probarlo<sup>927</sup>. Se interpretaba de esta forma, que el

---

Machinefabriek BOA, Hoge Raad, 25 de Septiembre 1992; Sobre este aspecto pueden verse, R. FENTIMAN, *International commercial litigation...*, p. 187; S. ATRILL, "Choice of Law in Contract: The Missing Pieces..." p. 551; J. HILL, "Choice of Law in Contract under the Rome Convention...", p. 339.

<sup>924</sup> *Vid.* Caledonia Subsea Ltd v Microperi Srl No 4 First Division 12 July 2002 2003 S.C. 70 Lord Hamilton 12 July 2002. Sin embargo, no se pueden ignorar las críticas a esta tendencia: "...deben descartarse las tesis holandesas que atribuyen a las presunciones, en particular, a la presunción de la prestación característica, un papel principal." C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas ...*, p. 209.

<sup>925</sup> Siguiendo la exposición que hace CARRILLO POZO: L.F.CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación...*, p. 77.

<sup>926</sup> Como también lo reconoce la sentencia de la Corte Di Cassazione (s.u.), ordinanza 27 febbraio 2008 n. 5091.

<sup>927</sup> En contra de esta postura el propio CARRILLO POZO expone: "Afirmar que hay que aplicar la ley designada por la presunción del párrafo segundo salvo prueba en contra de aquella parte a quien interese la aplicación de otra ley con vínculos más estrechos o que puede el juez apartarse de sus conclusiones sólo en casos excepcionales (aún no se sabe cuáles son éstos) no es más que modificar la naturaleza de la presunción, que llegaría a absorber a la norma de conflicto" L.F. CARRILLO POZO, " Ley aplicable al contrato en defecto de

apartado 5 del Art 4 CR ostentaba una posición “subordinada” respecto de las presunciones, y este papel secundario solo se tornaría en principal, cuando alguna o todas las partes le probaran al juez de la causa, que las presunciones no habían cumplido con el rol de establecer la Ley de mayor vinculación con el contrato, y que por este motivo, debía acudirse a la regla de los vínculos más estrechos para subsanar dicha circunstancia.

Por lo tanto, la aplicación del Art. 4.1 y 4.5 CR debía limitarse a casos específicos y excepcionales, como cuando el contrato no tuviera un prestador característico<sup>928</sup>. De la misma forma, cuando a pesar de tenerlo, la elección de su Ley resultara “inapropiada”<sup>929</sup>. Y finalmente, cuando de los hechos no se pudiera deducir el establecimiento donde la presunción había de ser cumplida<sup>930</sup>.

b. La segunda visión de este modelo consideraba que las presunciones debían aplicarse “*prima facie*”, y que de no ser posible la determinación de la Ley aplicable mediante éstas, se acudiría al principio general de los vínculos más estrechos de forma directa, sin imponer a las partes la carga de probar la conexión más estrecha con otro país. De esta

---

elección: ...”, p. 15; en el mismo sentido” Artículo 4.5 del CR no exige, para su aplicación, que sean las partes las que aporten la prueba en contrario de que la ley designada por las presunciones no es la que tienen los vínculos más estrechos. En realidad, son los jueces los que tienen la responsabilidad última de realizar esta comprobación...” C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas ...*, p. 212.

<sup>928</sup> Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales...”, pp. 1-7, versión *on line*.

<sup>929</sup> E. PÉREZ VERA et al, *Derecho Internacional Privado*, p. 308.

<sup>930</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las...”, p. 90; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales...”, pp. 1-7, versión *on line*.; E. PÉREZ VERA et al, *Derecho Internacional Privado*, p. 308; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría...”, p. 36; A. MARIN LÓPEZ, et al., *Derecho Internacional Privado Español...*, p. 341; G. PALAO MORENO, et al., *Derecho del comercio internacional...*, p. 152; D. MARTINY, “The applicable law to contracts in the absence of choice (Art. 4 Rome Convention...”, p. 14.

forma, no se limitaba el poder discrecional del juez para decidir si eran aplicables o no las presunciones, o si debía acudirse a la regla de los vínculos más estrechos.

**366.** El modelo de presunciones “fuertes” era apoyado en virtud de que incrementaba la seguridad jurídica, pues en lugar de valorar los factores de conexión en cada particular caso, los tribunales podían disponer de una serie de opciones para aplicar la presunción, lo que indudablemente beneficiaba a las partes del contrato, puesto que existía una jurisprudencia más unificada, permitiendo así, una mayor y efectiva planificación comercial<sup>931</sup>. Asimismo, este modelo encuadraba perfectamente con el sistema establecido en el Art. 4 CR, y con el objetivo de sus redactores, donde la regla general de los vínculos más estrechos se encontraba limitada por las presunciones, que adicionalmente, cumplían la labor de concretar y objetivizar dicho principio general, que por sí solo, era considerado como “demasiado vago”<sup>932</sup>.

De la misma forma, la teoría de las presunciones fuertes recibió muchas críticas, la más importante exponían que dicha interpretación convierte el Art. 4 en una disposición totalmente rígida y poco apta para dar solución al conflicto de leyes en un comercio internacional en constante evolución.

**367.** Esta corriente fue seguida por muchos tribunales de los países de la UE como Escocia, Bélgica, Alemania, pero quienes realmente

---

<sup>931</sup> S. ATRILL, "Choice of Law in Contract: The Missing Pieces ..." p. 552.

<sup>932</sup> "Further, it gives specific form and objectivity to the concept of 'closest connection' which by some was considered as too vague", P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Applicable law in the absence of choice to contracts ...", p. 204; en el mismo sentido, *vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco...", p. 518; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría...", pp. 87-120.

abanderaron dicha interpretación fueron los tribunales de los Países Bajos<sup>933</sup>. Tales tribunales sostenían que: “solo serán desplazadas las disposiciones generales del Art. 4 CR, si éstas identifican una Ley carente de cualquier conexión significativa con el contrato”. Esta interpretación fue mantenida a partir de la sentencia: *Société Nouvelle des Papétries v. BV Machinenfabriek BOA*<sup>934</sup>. Se trataba de un contrato de compraventa de una maquinaria celebrado entre un comprador con residencia en Francia y un vendedor con residencia en Los Países Bajos. En este caso se aplica la residencia habitual del prestador característico (la Ley de los Países Bajos) a pesar de que los demás factores de conexión del contrato se encontraban en Francia, tales como la moneda, el lugar de negociación, la lengua del contrato, y el lugar de ejecución del contrato<sup>935</sup>.

**368.** La posición del tribunal escocés en *Caledonia Subsea Ltd v. Microperi Srl*, muestra otro claro ejemplo del modelo de presunciones fuertes. Se trataba de un contrato para la prestación de servicios de buceo en relación con un proyecto que se desarrollaba en aguas egipcias, entre una compañía escocesa -prestadora del servicio- y una contratista italiana. La compañía escocesa demanda ante un tribunal de su país a la compañía italiana, con el fin de obtener el pago de unas sumas de dinero adeudadas. El tribunal a fin de establecer la Ley aplicable al contrato basado en el Art. 4.2 CR, analiza que la prestación característica del contrato la lleva a cabo la empresa escocesa, y como la administración central de la compañía es la ciudad de Aberdeen Escocia, determina que la Ley escocesa regulará el contrato. La demandada compañía italiana, expone su posición respecto del

---

<sup>933</sup> O. LANDO/P.A. NIELSEN, "The Rome I Regulation...", p. 1701.

<sup>934</sup> *Société Nouvelle des Papétries v. BV Machinenfabriek BOA*, Hoge Raad der Nederlanden de 25 de septiembre de 1992; *vid.* R.FENTIMAN, "Choice of law in Europe: Uniformity and Integration", p. 2047.

<sup>935</sup> Un análisis de esta sentencia puede verse en: L. F. CARRILLO POZO, "Rigor Mortis. (La ley al contrato a falta de elección en los trabajos...)", *concr.* p. 23.

papel de las presunciones al interior del Art. 4 CR, manifestando que son presunciones débiles, que solo entran en juego cuando en las circunstancias del caso concreto, dos Leyes presentan un igual balance, sirviendo entonces como punto de desempate<sup>936</sup>.

A pesar de la clara posición del demandado favoreciendo la teoría de las presunciones débiles, el tribunal ha querido conferirle un importante rol a las presunciones, al establecer que éstas “no podrán ser ignoradas a menos que el resultado del ejercicio comparativo referido en el párrafo 5 del Art 4 CR demuestre una clara preponderancia de los factores de conexión a favor de otro país”. Por este motivo el tribunal rechaza el argumento presentado por la defensa, y define que la Ley aplicable es la designada por las presunciones.

**369.** Muchas otras sentencias toman la teoría de las presunciones fuertes para determinar la Ley del contrato, por lo tanto, el juez acude directamente a las presunciones sin analizar previamente la regla de los vínculos más estrechos, y solo las descarta, cuando concurren circunstancias realmente excepcionales. Este planteamiento puede verse reflejado en la SAP, Barcelona, de 21 de marzo de 2003<sup>937</sup>, SJM Nº 1 Bilbao, de 31 de octubre de 2007<sup>938</sup>, SJPI, San Cristóbal de la Laguna, de 23 de

---

<sup>936</sup>“...that the presumption was only a weak one and that it came into play only where the circumstances of the case were in the judgment of the court equally balanced as between one law and another. That is to say, the presumption was to be used in effect as a tie-breaker”. *Vid.* Posición del demandado en : Caledonia Subsea Ltd v Microperi Srl No 4 First Division 12 July 2002 2003 S.C. 70 Lord Hamilton 12 July 2002.

<sup>937</sup> Contrato de compraventa internacional de mercaderías en donde el Juez aplica las presunciones para escoger la *lex contractus*, concretamente el Art. 4.2 CR.

<sup>938</sup> Contrato de transporte de mercancías entre una empresa con domicilio en Londres y la transportadora domiciliada en Portugal. La empresa de Londres demanda por deterioro en la mercancía, y se discute el término de prescripción de la obligación. El juez analiza el CR art 4, busca la prestación característica de la obligación para determinar la *lex contractus*.

octubre de 2007, SAP, Murcia, de 18 de junio de 2001<sup>939</sup>, *Ennstone building products v. Stranger*<sup>940</sup>.

La AP de Murcia no acepta la interpretación del apelante quien pretende aplicar el principio de los vínculos más estrechos para elegir la Ley del contrato sin tener en consideración las presunciones. La Audiencia Provincial expone en su sentencia: “Entrando ya en el fondo del recurso, debe señalarse que alega la parte apelante, en primer lugar, que el Derecho sustantivo aplicable no es el irlandés, sino el español, invocando, a tal efecto, el artículo 4.1 del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1.980, y afirmando que el contrato presenta una vinculación más estrecha con España que con Irlanda. Pero tal motivo de recurso no puede prosperar, toda vez que en el artículo 4.2 del mismo Convenio se señala expresamente que se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga...”<sup>941</sup>.

---

<sup>939</sup> La SAP Murcia aplica la teoría de las presunciones fuertes en esta sentencia expresando que: "habrá de determinarse dicha ley a tenor de las presunciones contenidas en los apartados 2,3, y 4 del artículo 4 del Convenio de Roma, que conllevan de modo evidente a la aplicación, en los contratos de compraventa internacional, de la ley del país donde reside habitualmente el vendedor, y que en este caso, es la ley española., SAP, Murcia, de 18 de junio de 2001.

<sup>940</sup> Court of Appeal, Civil division, June 28, 2002, *Ennstone building products v. Stranger*, La Corte de apelación inglesa se negó a aplicar la cláusula de excepción del artículo 4.5 CR, puesto que la parte no logró probar que la ley de Escocia, donde el contrato debía cumplirse, estaba más estrechamente vinculada con el contrato que la ley de Inglaterra, donde el deudor de la obligación característica residía.

<sup>941</sup> SAP, Murcia, de 18 de marzo de 2010; Una compraventa internacional (pescado Arenque) con vendedor irlandés y comprador español, donde se presenta un incumplimiento de la obligación de pago. Se discute que el Derecho aplicable sea el irlandés, pues el apelante considera que presenta los vínculos más estrechos con España, el Tribunal expone que debe basarse en el 4.2 CR donde reconoce que la prestación característica es la entrega de la mercancía, por lo que concluye que el Derecho aplicable es el de Irlanda lugar de residencia habitual del vendedor.

**370.** De la misma forma, una sentencia francesa reconoce la fortaleza de las presunciones, descartando la designación de la Ley del contrato, que había hecho el tribunal de instancia basado en los vínculos más estrechos<sup>942</sup>. En este caso en donde un comprador de nacionalidad francesa interpone demanda por incumplimiento de contrato, al perderse unas mercancías durante su transporte, en contra de una compañía alemana encargada del transporte de una parte de la mercancía. El tribunal desaprueba lo establecido por el juez de instancia quien había desplazado la Ley designada mediante las presunciones, decidiendo que la Ley aplicable era la francesa, por la sola razón de que parte del transporte y la entrega se habían producido en Francia. La Corte otorga prioridad a las presunciones del Art. 4 CR para elegir la *lex contractus*, y aplica la Ley alemana, lugar donde el prestador característico tenía su administración central.

**371.** La teoría de las presunciones fuertes y la teoría de las presunciones débiles polarizaron el análisis de la cláusula de escape del Art. 4.5 CR, generando no solamente una interpretación dispar de la disposición, sino verdadera inseguridad jurídica, pues la ley material designada por el Art. 4 CR, no era una norma jurídica previsible para los contratantes, y asimismo, se revivió el *legeforismo*, ya que en muchas ocasiones, el juez se inclinaba por una de las teorías, únicamente con el objetivo de aplicar su propia Ley al contrato, y de igual forma, los contratantes se decantaban por una u otra interpretación, de acuerdo a su conveniencia<sup>943</sup>.

---

<sup>942</sup> Cass. Com., 19 December 2006, *Danzas v. Tapiola*, *vid.* A. MOURRE/ Y. AHOU, "Chronicle of Private International Law applied to business", *De Droit des affaires internationales*, No 4, 2007, version *online*.

<sup>943</sup> Existía también una tercera interpretación –menos conocida– de la relación entre las presunciones y el Art. 4.5 CR. Ésta puede encontrarse en la postura del profesor Fentiman. Sugiere dicho profesor que en lugar de aplicar el modelo de presunciones fuertes o el modelo de presunciones débiles para todos los casos, es preferible analizar en el caso concreto si la aplicación del Art 4.2 o el Art. 4.5 CR "es consistente con las expectativas comerciales de los contratantes, en el mercado relevante, objetivamente determinado." Por lo tanto, en algunos casos será conveniente aplicar el Art. 4.2 CR, y en otros convendrá



Esta circunstancia requería una decisión del TJUE. Dicha decisión finalmente llegó en el caso *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen y otros*.

**C) Caso *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen y otros*<sup>944</sup>.**

**372.** El debate jurídico en torno a la aplicación flexible o rígida de la cláusula de escape del CR mantenido durante años por parte de los estudiosos del Derecho, así como las contradictorias decisiones de los órganos judiciales, requería de un pronunciamiento del TJUE estableciendo la correcta interpretación de la cláusula de escape del Art. 4.5 CR<sup>945</sup>. El pronunciamiento finalmente llegó el 6 de octubre de 2009, tal vez demasiado tarde para unificar los criterios interpretativos de una disposición que requería una pronta interpretación debido a su complejidad. Sin embargo, al igual que el propio objeto debatido, la solución está rodeada de polémica.

**a) Litigio principal y cuestiones prejudiciales.**

**373.** Se trataba de un litigio por reclamación de pago, en un contrato de fletamento -donde no existió contrato escrito- entre una empresa belga y unas sociedades de los Países Bajos, para el transporte de mercancías entre Ámsterdam y Frankfort por conexión ferroviaria. La empresa belga presentó demanda de primera instancia por reclamación de pago ante un tribunal de los Países Bajos, considerando que el Derecho aplicable era el ordenamiento jurídico de Bélgica. Por su parte las empresas demandadas

---

aplicar el 4.5 CR, todo dependerá del contexto comercial. Un análisis de esta postura puede verse en, S. ATRILL, "Choice of Law in Contract: The Missing Pieces...", conr. p. 555.

<sup>944</sup> TJCE (Gran Sala), sentencia de 6 octubre 2009. Caso *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen y otros*.

<sup>945</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El Derecho aplicable al contrato en ausencia de...", p. 312.

alegaron la prescripción de la obligación basadas en el Derecho de los Países Bajos. El tribunal acogió la postura de las empresas demandadas determinando que el Derecho aplicable a la situación jurídica sería el de los Países Bajos, y declaró la inadmisibilidad de la demanda por prescripción de la obligación. Esta tesis fue confirmada por el tribunal de segunda instancia.

El demandante había sostenido que el presente litigio no se trataba de un contrato de transporte, y por este motivo, la elección del Derecho aplicable no debía hacerse mediante el Art 4.4 CR, sino bajo la presunción general del 4.2 CR. Las dos decisiones judiciales reconocieron que en este caso si había contrato de transporte, pero determinaron el Derecho aplicable acudiendo al principio de los vínculos más estrechos, en perjuicio de la presunción contenida en el Art. 4.4 CR, y definieron que los Países Bajos tenían una mayor conexión con el contrato. De todas formas, los tribunales aclararon que así fuese de aplicación el Art. 4.2 CR, dicha norma tendría que descartarse acudiendo al Art. 4.5 CR, pues para ellos, era claro que el contrato presentaba lazos más fuertes con Los Países Bajos.

**374.** Se interpuso recurso de casación alegando error en la calificación del contrato y error en la aplicación del Art. 4.5 CR, pues en palabras del demandante: “únicamente puede recurrirse a la mencionada posibilidad cuando del conjunto de circunstancias resulta que el lugar en el que está establecida la parte que debe realizar la prestación característica carece de verdadero valor de conexión...” circunstancia que no se presenta en este caso, según el demandante.

El Hoge Raad der Nederlanden decidió suspender el proceso y planteó al TJUE cinco cuestiones prejudiciales sobre el caso, donde tan solo la número cinco corresponde al tema que se estudia, y rezaba de la siguiente manera: “¿Debe interpretarse la excepción contenida en el artículo 4, apartado 5, segunda frase, del Convenio [...] en el sentido de que las

presunciones a que se refieren los apartados 2 a 4 del mismo artículo únicamente no se aplican cuando del conjunto de las circunstancias resulte que los criterios de vinculación que establecen no constituyen vínculos reales, o, por el contrario, también cuando de ellas resulte que existe un vínculo preponderante con otro país?”.

#### **b) Respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

**375.** El TJUE hace un análisis del artículo 4 CR y reconoce que su objetivo principal es aplicarle al contrato aquella Ley que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica. Paso seguido expone que su aplicación deberá seguir las siguientes etapas: en primer lugar, el juez debe “determinar la Ley aplicable basándose siempre en las” presunciones. En segundo término, el Tribunal establece que sí es posible descartar la aplicación de las presunciones cuando el contrato presente lazos más estrechos con un país distinto al previamente designado mediante éstas. Y por último, instituye que “incumbirá al juez descartar tales criterios y aplicar la Ley del país con el que dicho contrato presente los lazos más estrechos.”

En resumen, el juez en cada caso concreto analizará si existe un país con el cual el contrato presente los vínculos más estrechos, y de ser así, el TJUE le ha otorgado toda la autonomía para descartar la elección hecha mediante las presunciones y aplicar esa nueva Ley.

#### **c) Consideraciones críticas.**

**376.** Esta sentencia presenta gran importancia pues inclina la balanza hacia una de las dos tradicionales tendencias de la relación del Art. 4.2 y 4.5 CR. Debe recordarse, que para el Tribunal una opción era considerar que las presunciones del Art. 4 CR solo podían ser inaplicadas si la Ley designada no constituía un genuino valor de conexión (concepción

fuerte). De igual forma, el Tribunal podía decantarse por la visión que establecía que las presunciones podrían ser desatendidas, incluso, si éstas identificaban un genuino valor de conexión, y solo se requería que la otra Ley tuviera una mayor conexión con el país (concepción débil). Pues bien, el TJUE se ha decantado por la segunda visión, es decir, la que le otorga un valor débil a las presunciones, indicándole al juez que debe aplicar la Ley del país que tenga los vínculos más estrechos con el contrato “en todos los casos”<sup>946</sup>.

**377.** El TJUE ha tomado esta decisión en total contravía de la opinión del Abogado General, quien consideraba que “por razones que tienen que ver con el respeto del principio de seguridad jurídica, y con el fin de garantizar el objetivo de previsibilidad al que tiende el Convenio de Roma, procede aplicar el artículo 4, apartado 5, de este Convenio en la medida en que quede demostrado que las presunciones establecidas en el artículo 4, apartados 2 a 4, de dicho Convenio no reflejan la vinculación real del contrato con la localización así determinada”. Es decir, el Abogado General estima que las presunciones solo han de ser descartadas en circunstancias excepcionales, y cuando quede plenamente demostrada la ineficiencia de las presunciones en la designación de una Ley realmente vinculada al negocio jurídico, pues de lo contrario, habrá que acudir siempre a la regla general, ya que de no hacerlo, se propiciaría la inseguridad jurídica que el propio Convenio quiso evitar. Efectivamente, el Abogado General entiende que las presunciones del Art. 4 CR son presunciones simples que el juez puede descartar, pero aclara, que dicho descarte solo puede hacerse si el juez “considera que la Ley del país así designada no tiene vínculos reales con el contrato”<sup>947</sup>.

---

<sup>946</sup> R. FENTIMAN, *International commercial litigation...*, p. 222.

<sup>947</sup> Conclusiones del abogado general SR. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

En suma, a pesar de la clara posición del Abogado General, el TJUE en esta sentencia ha favorecido la posición contraria, sin hacer ninguna referencia a los objetivos de certeza y uniformidad que son inherentes a esta norma Convencional<sup>948</sup>.

**378.** La decisión del TJUE descartando el modelo de presunciones fuertes en favor de una concepción flexible o caso a caso, no deja de ser sorprendente<sup>949</sup>. Justamente el amplio poder discrecional del juez para valorar el principio de los vínculos más estrechos en el Art. 4.5 CR descartando de manera generalizada las presunciones, motivó el drástico cambio del Art. 4 en el Reglamento Roma I, ya que convirtió al Art. 4 CR en una norma de conflicto carente de previsibilidad. Por esta razón, no se entiende que el pronunciamiento del Tribunal otorgue este poder discrecional sin ninguna clase de limitación, pues al momento de proferir su decisión los problemas del Art. 4.5 CR eran ampliamente conocidos. Y es que el hecho de reconocer el carácter flexible de las presunciones en beneficio del principio de los vínculos más estrechos, no hace más que propiciar incertidumbre en el comerciante internacional, pues no cuenta con una norma de conflicto que pueda ser previamente conocida, y que permita adaptar su comportamiento jurídico a sus directrices.

La decisión del Tribunal desconoce el carácter excepcional de esta cláusula, pues no limita la valoración que debe hacer el juez a la hora de establecer la Ley del contrato. Con esta “patente de corso” los jueces de los Estados partes –dentro del ámbito de aplicación temporal del CR- seguirán

---

<sup>948</sup> R. FENTIMAN, *International commercial litigation...*, p. 187.

<sup>949</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El Derecho aplicable al contrato en ausencia de...", p. 308; en opinión contraria la Doctrina Jurídica Inglesa ha recibido esta sentencia de la mejor manera, pues está acorde a la posición mayoritaria de sus Tribunales. "The conclusion of the Court of Justice in ICF is to welcomed" R. FENTIMAN, *International commercial litigation...*, p. 222.

descartando la Ley designada mediante las presunciones a su arbitrio, lo que reafirmará una tendencia utilizada principalmente por los tribunales ingleses, convirtiendo el Art. 4.5 CR en la norma general y a las presunciones en la excepción. Afortunadamente serán pocos los pronunciamientos judiciales que sigan estas directrices del TJUE, puesto que tan solo se aplicarán a contratos concluidos antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma I. Ya empiezan a aparecer sentencias que aplican este criterio del TJUE: *British Arab Commercial Bank Plc v Bank of Communications*<sup>950</sup>.

## II. LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN EL REGLAMENTO ROMA I

### 1. La cláusula de excepción en la Propuesta de Reglamento Roma I.

**379.** En la Propuesta de Reglamento Roma I no se incluía la cláusula de escape del CR. El apartado segundo del Art 4 tan solo contenía la prestación característica como punto de conexión para determinar la Ley aplicable a los contratos distintos a los relacionados en el apartado primero, y la regla de los vínculos más estrechos para los eventos en que no pudiese determinarse la prestación característica del contrato<sup>951</sup>. Esta ausencia se justificaba principalmente por los ya conocidos problemas del Art 4.5 CR. Por este motivo, se quiso robustecer el Art. 4 con una mayor seguridad jurídica al no permitir el desplazamiento de la Ley aplicable designada mediante sus apartados 1 o 2. En efecto, lo que la Propuesta de Reglamento Roma I pretendía evitar, justamente era que las nuevas reglas fijas que identificaban

---

<sup>950</sup> *British Arab Commercial Bank Plc v Bank of Communications* Queen's Bench Division (Commercial Court) 17 February 2011, [2011] EWHC 281 (Comm).

<sup>951</sup> El apartado segundo del Art. 4 de la Propuesta de Reglamento Roma I, rezaba de la siguiente manera: "Los contratos no comprendidos en el apartado 1 se regirán por la ley del país en que la parte que debe proporcionar la prestación característica tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato. Cuando la prestación característica no pueda determinarse, el contrato se regirá por la ley del país con quien presente los vínculos más estrechos".

de manera directa la Ley aplicable al contrato, resultarían siendo –por la incorporación de la cláusula de escape- unas normas indeterminadas<sup>952</sup>. Con este cambio, la Comisión entendía que se ganaba en seguridad jurídica sobre la base de que, en todo caso, las partes podrían elegir de común acuerdo la Ley aplicable a su contrato si lo consideraban apropiado<sup>953</sup>.

Sin embargo, la consecuencia de esta modificación derivaba en una norma totalmente inflexible, lo que generó muchas críticas, puesto que la sola autonomía de parte para elegir la Ley del contrato –en sí misma- no era una solución real para los casos complejos<sup>954</sup>. Por este motivo, se debatió al interior de la Comisión la necesidad de que la disposición otorgara un cierto grado de flexibilidad que le permitiera adaptarse a las cambiantes relaciones jurídicas internacionales, pero que al mismo tiempo, estableciera unos límites concretos que le permitiera evitar los problemas del CR<sup>955</sup>.

Finalmente, se llegó a la conclusión que la “certeza y previsibilidad” necesarias en una norma de conflicto, pueden ser salvaguardadas mediante la inclusión de una cláusula de escape restringida, esto es, una verdadera cláusula de excepción<sup>956</sup>. Por tal motivo, se aprobó su inclusión al interior del Art. 4 Reglamento Roma I, pero con una redacción mucho más limitada que la contenida en el Convenio.

---

<sup>952</sup> J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p. 529.

<sup>953</sup> D. SOLOMON, "The international law of contracts in Europe: Advances and Retreats", *Tulane Law Review*, vol. 82, Issue 5 (May 2008), pp. 1709-1740, *concr.* p. 1721.

<sup>954</sup> *Vid.* J.J FAWCETT/J.M. CARRUTHERS/ P.NORTH, *Private International Law...*, p. 724.

<sup>955</sup> D. SOLOMON, "The international law of contracts in Europe: Advances ...", p. 1721.

<sup>956</sup> *Ibidem*, p. 1721.

## **2. El artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera cláusula de excepción.**

**380.** Para llegar al momento de analizar la utilización de la cláusula de excepción, el operador jurídico ha tenido que considerar tres aspectos en escala para identificar la Ley aplicable al contrato, los cuales se van descartando mutuamente. En primer lugar, ha analizado si las partes han hecho una elección efectiva de la Ley aplicable a su contrato (Art. 3 Reglamento Roma I). Si no es así, en segundo término, ha analizado si el contrato en cuestión pertenece a la lista de los ocho contratos fijos del Art. 4.1. Reglamento Roma I. De no poder encajarse el contrato dentro de estos ocho, o cuando el negocio jurídico se conforma por elementos de varios de estos contratos, un tercer escalón debe avanzarse para buscar la Ley aplicable, y no es otro que identificar el prestador característico del contrato, pues la Ley de su residencia habitual será la que rija los destinos de la obligación (Art. 4.2 Reglamento Roma I).

El Reglamento Roma I tiene la intención de que a la mayoría de contratos internacionales se les determine la Ley aplicable bajo estas tres disposiciones. Sin embargo, ha estimado pertinente incluir un precepto que -blindado de un carácter excepcional- otorgue un determinado grado de flexibilidad a la elección de la Ley aplicable al contrato en ausencia de elección de parte. Es por eso, que el Art. 4.3 Reglamento Roma I cumple con la función de desplazar la Ley elegida bajo los artículos 4.1 o 4.2 Reglamento Roma I, para en su lugar, ubicar una Ley que considera más idónea para regular el contrato. Este desplazamiento se da cuando “del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato



presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2” del artículo 4 del Reglamento Roma I<sup>957</sup>.

**381.** El objetivo principal de esta disposición consiste en conseguir que el contrato quede regulado por la Ley del país que tenga unos vínculos claros y manifiestamente más estrechos con el negocio jurídico, aunque para cumplir con este objetivo, deba desplazar la Ley previamente establecida por la norma general. De esta manera, se evita que el contrato quede regulado por una Ley que no tenga este alto grado de vinculación con el mismo, pues esto sería contrario a los intereses de las partes del contrato y del propio comercio internacional, ya que los contratantes resolverían el conflicto jurídico y cumplirían con sus obligaciones a un elevado coste<sup>958</sup>.

**382.** El considerando 20 del Reglamento Roma I denomina al Art. 4.3 como una cláusula de escape en los siguientes términos: “Si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en el artículo 4, apartados 1 o 2, una cláusula de escape debe establecer que ha de aplicarse la Ley de ese otro país...”

A pesar de que éste considerando establece, que ésta es una cláusula de escape en clara referencia al CR, los cambios introducidos al precepto permiten entender que ésta es una genuina cláusula de excepción<sup>959</sup>. En efecto, fuertemente inspirado por el CR y el Reglamento Roma II, el Art. 4.3 Reglamento Roma I ha introducido cambios en la

---

<sup>957</sup> Artículo 4.3 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE L 177* de 4 julio 2008, p. 6.

<sup>958</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, p. 712.

<sup>959</sup> *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos...*, p. 134; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p. 203; en el mismo sentido, *vid.* U. VILLANI, "La legge applicabile in mancanza di...", p. 171.

redacción del precepto, donde cobra especial importancia, el hecho de que los vínculos con el contrato deben ser ahora “manifiestamente más estrechos”, y que éstos, además, deben desprenderse “claramente” de las circunstancias del caso<sup>960</sup>. Estas dos expresiones constituyen el punto clave para entender el alcance de la nueva redacción de la cláusula de excepción, por eso, se hace necesario profundizar su análisis.

### A) Vínculos manifiestamente más estrechos.

**383.** La adición de la palabra “manifiestamente” al artículo 4.3 Reglamento Roma I tiene el objetivo inequívoco de resaltar el carácter excepcional de la disposición<sup>961</sup>. Estas especiales circunstancias han de ser determinadas en el caso concreto por parte del tribunal, y permitirán que el uso de la cláusula de excepción se haga en casos muy claros<sup>962</sup>. Esta nueva redacción del artículo le envía una clara señal al juez, de que ahora no basta con que la Ley alternativa esté simplemente mejor conectada con el contrato, que aquella designada por los artículos 4.1 o 4.2 Reglamento

---

<sup>960</sup> El Art. 4.3 Reglamento Roma I está en consonancia con el Art. 4.3 Reglamento Roma II, ya que en ambos preceptos se exige que el vínculo con el país alternativo se presente de manera manifiesta. Sin embargo, el Reglamento Roma I impone un requisito adicional que no contempla el Reglamento Roma II, y es que la vinculación se desprenda de manera clara. El Art. 4.3 Reglamento Roma II reza de la siguiente manera: “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”. Sobre este aspect, *vid.* T. RAUSCHER, *Europäisches zivilprozess- und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR...*, p. 202.

<sup>961</sup> *Vid.* “The addition of the word manifestly more closely connected is doubtless designed to underscore the exceptional nature of this let- out” J.J FAWCETT/J.M. CARRUTHERS/P.NORTH, *Private International Law...*, p. 725 ; Así lo plantean también: A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 714; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el ...*, p.201; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable ...”, versión *on line*; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado...*, p. 498.

<sup>962</sup> J.H. MORRIS, *The conflict of Law*, VII ed., Sweet & Maxwell, London, 2009, p. 371.

Roma I<sup>963</sup>. Como se recordará, cuando el juez en el CR confrontaba la Ley establecida mediante las presunciones con la Ley sustituta, solo le bastaba que la nueva Ley tuviera un vínculo “más estrecho” con el contrato, incluso si éste fuese mínimo para inclinar la balanza a favor de dicha Ley. Pero ahora el requisito es mucho más estricto y le restringe el poder discrecional al juez, pues solo podrá cambiar la designación hecha por las normas generales, cuando exista una poderosa vinculación del contrato con otro país.

**384.** Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país solo podrá presentarse, como lo exponen los profesores A. CALVO y J. CARRASCOSA, cuando la vinculación con el país designado mediante la norma general, sea una “vinculación puramente formal, nominal, fugaz, anecdótica, y aparente”, pues de lo contrario, no podrá descartarse la Ley designada mediante los apartados 1 y 2 del Art. 4 Reglamento Roma I<sup>964</sup>.

Esta interpretación es vital para entender el alcance de la reforma, puesto que el juez ya no tiene la facultad de descartar *en todo caso* la Ley designada mediante las normas generales, sino que tan solo podrá hacerlo cuando las circunstancias del contrato lleven a que las normas generales (Art. 4.1 y 4.2 Reglamento Roma I) identifiquen una Ley carente de todo valor real de conexión con el contrato, y esto indudablemente se presentará en casos muy puntuales.

## **B) Desprenderse claramente de las circunstancias del caso.**

---

<sup>963</sup> Vid. R. FENTIMAN, *International commercial litigation...*, p. 221; En el mismo sentido, vid. A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 714.

<sup>964</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, p. 713.

**385.** El Art. 4.3 Reglamento Roma I exige no solo la existencia de una vinculación manifiestamente más estrecha del contrato con otro país, sino que además, ésta debe presentarse de manera clara dentro de las circunstancias que rodean el contrato. La claridad de la vinculación significa que el lazo que une el contrato con ese otro país “debe aparecer de modo natural sin esfuerzos ni construcciones intelectuales posteriores complejas”, es decir, fácilmente perceptible e inequívocamente identificable por los intervinientes en el contrato<sup>965</sup>.

Este segundo requisito impuesto a la cláusula de excepción otorga una gran ayuda al juez que lleva el caso, pues le permite descartar fácilmente la utilización de la cláusula cuando aprecie que la vinculación del contrato con otro país no se presenta de manera notoria, esto es, cuando no se descubre de manera patente dentro del caso concreto. Por lo tanto, la utilización de la cláusula de excepción no va a requerir un gran esfuerzo analítico que pretenda determinar si la cláusula de excepción aplica o no al caso concreto, pues si el operador jurídico no percibe dicha circunstancia con facilidad, simplemente ha de utilizar la Ley aplicable previamente designada por los apartados 1 o 2 del Art. 4 Reglamento Roma I.

**386.** En conclusión, el Reglamento Roma I pretende que la identificación de la Ley aplicable al contrato en ausencia de elección sea una operación precisa, es decir, que recorra un camino previa y estrictamente definido, incluso, cuando inevitablemente entre en juego la discrecionalidad judicial, pues como se ha visto, ahora se encuentra confinada. Esta circunstancia indudablemente repercute en la seguridad jurídica, pues el juez nacional del Estado miembro, ya no puede activar la cláusula de excepción por tener predilección a determinada Ley material distinta a la establecida

---

<sup>965</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p.202.

mediante los artículos 4.1 y 4.2, pues ésta cláusula no “actúa como criterio de orientación material”, y le evitará al juez la tentación de aplicar la Ley del foro<sup>966</sup>. De la misma forma, se potencia la previsibilidad del Derecho aplicable al contrato internacional, pues en la mayoría de los casos, el juez aplicará los puntos de conexión rígidos del Art. 4.1 y 4.2 Reglamento Roma I, y ello le permite al contratante internacional conocer con un alto grado de certeza la ley que regulará su contrato, favoreciendo la economía del contrato.

### **C) Prueba del vínculo manifiestamente más estrecho.**

**387.** El Art. 4.3 Reglamento Roma I no aclara el aspecto referente a la carga de la prueba del vínculo del contrato con un país diferente al señalado en los apartados 1 o 2 del Art. 4 del Reglamento Roma I. Sin embargo, la doctrina ha establecido que dos situaciones pueden presentarse: a. El tribunal que lleva el caso al examinar las circunstancias del contrato toma la decisión, de oficio, de activar la cláusula de excepción del Art. 4.3 Reglamento Roma I, sin que ésta haya sido alegada por las partes. b. La parte interesada en dirimir el conflicto bajo una Ley nacional diferente, debe ofrecer dentro del proceso la prueba de que ése otro país presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el negocio jurídico<sup>967</sup>.

La teoría que se impone es la que afirma que la parte interesada en aplicar la Ley de otro país es a quien le corresponde la carga procesal de probar la existencia del vínculo manifiestamente más estrecho. Es decir, la

---

<sup>966</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado...*, p. 498.

<sup>967</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 715.

segunda situación<sup>968</sup>. Y esto porque en el Reglamento Roma I el juez ya no está atado a la norma general que traía el Art. 4.1 CR, esto es, que el contrato debería regirse por la Ley del país con el cual el contrato presentara los vínculos más estrechos. Por esta razón, el juez en el Reglamento Roma I identifica la Ley del contrato sin tener que analizar si dicha Ley es en realidad la que presenta los vínculos más estrechos con el negocio jurídico<sup>969</sup>. Por tal motivo, lo razonable es que el juez aplique la Ley que determine el Art. 4.1 y 4.2, a menos que una de las partes del proceso logre probar que el contrato tiene los vínculos más estrechos con otro país<sup>970</sup>.

En suma, el juez en la aplicación del Art. 4 Reglamento Roma I debe establecer la Ley del contrato mediante los apartados 1 y 2 del precepto, y si alguna de las partes considera que existe una Ley distinta que cumple con los requisitos impuestos en la nueva redacción de la cláusula de excepción, tendrá que manifestárselo al juez, y como es lógico, tendrá que probarlo. Sin embargo, si el juez llega a la conclusión de que en el caso concreto debe aplicar la cláusula de excepción descartando la previa designación de Ley, deberá adicionalmente motivarlo en su providencia<sup>971</sup>.

#### **D) Aplicación práctica de la cláusula de excepción en el artículo 4 Reglamento Roma I.**

---

<sup>968</sup> Así lo reconocen: F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable...”, versión *on line*; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 715; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p. 203.

<sup>969</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 715.

<sup>970</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable...”, versión *on line*.

<sup>971</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p. 204.

**388.** Una de las grandes incógnitas que deja la transformación del CR en Reglamento de la UE, es saber si desde el punto de vista práctico, las modificaciones introducidas a la cláusula de excepción en el Reglamento Roma I pueden solucionar los inconvenientes que dejó la aplicación de la cláusula de escape del CR. Es cierto que la nueva redacción del precepto tiene el objetivo de dejar a un lado dichos inconvenientes, y para ello, se ha reforzado con la incorporación unos importantes requisitos que pretenden restringir el poder discrecional del juez. Sin embargo surge la pregunta: de acuerdo al objetivo planteado en el Reglamento Roma I, ¿está plenamente justificado asumir estos nuevos requisitos en el Art. 4.3?

**389.** En primer lugar, vale la pena recordar que la Propuesta de Reglamento Roma I traía una radical postura respecto de la conveniencia de la cláusula de escape. Dicha visión era tan extrema, que hacía una exclusión total de la disposición siguiendo a un sector doctrinal, que en las respuestas al Libro Verde sobre la transformación del CR en Reglamento de la UE, recomendaba tal supresión como fórmula válida para evitar el *legeforismo*. Sin embargo –como se vio- se prefirió conservar la cláusula en el entendido de que era preferible asumir nuevamente los riesgos de una cláusula de escape, a dejar enfrentados a los contratantes a una disposición carente de un mínimo grado de flexibilidad. En todo caso, el hecho de incorporar estas nuevas exigencias (que la vinculación se vislumbre con “claridad”, y que a su vez, ésta sea “manifiestamente” más estrecha con el contrato), supone adquirir un compromiso mucho mayor al que los tribunales venían adoptando en la aplicación del Art. 4.5 CR.

**390.** Debe subrayarse, que el objetivo primario del Reglamento Roma I es salvaguardar la seguridad jurídica en el espacio de la UE mediante el establecimiento de normas comunes para determinar la Ley aplicable al contrato internacional, que permitan alcanzar un alto grado de

*previsibilidad*<sup>972</sup>. Teniendo en cuenta que la cláusula de escape del CR se constituyó en la mayor amenaza de dicha seguridad jurídica al ser utilizada indiscriminadamente como instrumento para evadir la previa elección de Ley, motivada en muchos casos por el objetivo de aplicar la Ley del foro, la inclusión de dichos requisitos constituyen un “compromiso aceptable” que se debe asumir en virtud de conciliar la seguridad jurídica con un determinado grado de flexibilidad<sup>973</sup>.

Ahora bien, se hace conveniente precisar qué representa desde el punto de vista práctico la incorporación de dichos requisitos. Parece claro que el Art. 4.3 Reglamento Roma I al ser robustecido con estos dos importantes requerimientos, presenta un reducido campo de acción que le circunscribe sólo a casos muy concretos. En efecto, el legislador de la UE ha transformado el importante rol que cumplía la cláusula de escape del CR, donde tenía la función de corregir la “aplicación de unas presunciones que se basaban en el principio de proximidad” cuando éstas no designaban la Ley más vinculada con el contrato<sup>974</sup>. Ahora con la cláusula de excepción, cuando el juez encuentre que hay una Ley más vinculada con el contrato no podrá descartarla de plano, deberá aplicar la Ley designada mediante los apartados 1 y 2 del Art. 4 Reglamento Roma I, a menos que se compruebe claramente que existe un país con unos vínculos manifiestamente más cercanos con la relación jurídica.

---

<sup>972</sup> Considerando 16 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

<sup>973</sup> Con esta opinión *vid*, J.J. FAWCETT/J.M. CARRUTHERS/ P.NORTH, *Private International Law*, p. 725.

<sup>974</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos ...*, p. 135.



Por esta razón, el más importante cambio en la aplicación práctica de la cláusula de excepción del Reglamento Roma I con respecto a lo llevado a cabo en el CR, es su carácter excepcional<sup>975</sup>. Efectivamente, los dos requisitos impuestos a la cláusula de excepción garantizan que por norma general la Ley aplicable al contrato en defecto de elección de parte se hará aplicando los artículos 4.1 y 4.2 Reglamento Roma I, y solo en circunstancias puntuales y ocasionales, se aplicará el Art. 4.3 Reglamento Roma I<sup>976</sup>.

**391.** Otro aspecto que es importante destacar, y que contribuye a que el Art. 4.3 Reglamento Roma I sea una disposición de aplicación excepcional, lo constituye en hecho de que el Art. 4 Reglamento Roma I ya no contempla la norma general del apartado primero del Art. 4 CR, esto es, “el contrato se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”. Este precepto debilitaba el valor de las presunciones, pues se consideraba que, en todo caso, debía prevalecer para determinar la *lex contractus*. Como el Art. 4 Reglamento Roma I no es gobernado de manera global por la regla de los vínculos más estrechos, ya no existirá la excusa del Art. 4.1CR para utilizar indiscriminadamente la cláusula de excepción<sup>977</sup>. En mismo sentido se debe resaltar, que el Reglamento Roma I ha abandonado las presunciones del Art. 4 CR y las ha reemplazado por normas rígidas. Esto podrá influir de manera directa a que el operador jurídico no pretenda desplazar fácilmente dicha elección de Ley, pues ya no se presume la Ley aplicable, sino se aplica directamente por el juez.

---

<sup>975</sup> Así lo reconoce la doctrina: “There are grounds for optimism that Article 4(1) and (2) of the Regulation will not commonly be displaced by Article 4(3) and that Article 4(3) will only be applied in truly exceptional cases”. *Vid.* J.J. FAWCETT, “A United Kingdom Perspective on the Rome I ...”, p. 209.

<sup>976</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, p. 714.

<sup>977</sup> J.J. FAWCETT, “A United Kingdom Perspective on the Rome I ...”, p. 209.

Por último, se puede prever una aplicación excepcional del Art. 4.3 Reglamento Roma I, porque con el Art. 4 Reglamento Roma I se ha potenciado la rigidez normativa. En efecto, como el papel de la prestación característica no solamente ha sido reducido a una aplicación subsidiaria, sino que ha pasado de ser una presunción para convertirse en una regla concreta, los tribunales deberán acudir mayoritariamente a soluciones rígidas, pues aplicarán las reglas del Art. 4.1 y 4.2 Reglamento Roma I, y esto trae un efecto psicológico en el juez, pues en palabras de J. FAWCETT, no es lo mismo descartar la aplicación de una norma rígida, que descartar la aplicación de una presunción<sup>978</sup>.

Esta excepcionalidad repercute directamente en la seguridad jurídica de la UE, porque al limitar el poder discrecional del juez, se alcanza un alto grado de previsibilidad de la norma, ya que el operador jurídico no podrá desatender fácilmente la elección de Ley hecha mediante las normas generales, y de esta manera, se garantiza no solamente una mayor uniformidad interpretativa de la disposición, sino una verdadera rigidez normativa, fórmula elegida por el legislador de la UE para solventar los problemas presentados en la implementación del CR<sup>979</sup>.

**392.** No obstante, las limitaciones que se le imponen al juez en el Art. 4.3 Reglamento Roma I para hacer efectiva la cláusula de excepción, el juzgador sigue conservando un cierto margen de discrecionalidad, pues es quien en última instancia valorará los puntos de conexión y decidirá si en el caso concreto concurren las especiales circunstancias para dejar sin efecto la previa elección de Ley mediante los artículos 4.1 y 4.2 Reglamento Roma I. Esta discrecionalidad judicial puede desembocar nuevamente en una

---

<sup>978</sup> J.J. FAWCETT, "A United Kingdom Perspective on the Rome I ...", p. 210.

<sup>979</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, p. 714.

interpretación dispar de la disposición por parte del Juez nacional, pudiendo revivir los temores que presentaba la cláusula de escape en el CR. Por tal razón surge la pregunta ¿cómo evitar que la discrecionalidad judicial no derive en heterogeneidad interpretativa?

**393.** Podría pensarse en establecer un criterio tipo que pueda ser utilizado por los tribunales a la hora de desplazar las normas generales en beneficio de la cláusula de excepción. De esta forma, cada juez usaría los mismos criterios para utilizar o descartar la aplicación de la cláusula. Sin embargo, para algunos autores una formulación en este sentido sería “inútil”, ya que se encuentra inmersa en el legítimo margen de apreciación de los jueces, y teniendo en cuenta que cada caso presenta unas características diferenciadoras, indudablemente se vería avocada al fracaso<sup>980</sup>.

De todas formas es importante recordar, que el TJUE tiene plena competencia para interpretar el Reglamento, y como garante de la uniformidad interpretativa podrá recomponer el rumbo, si percibe que el juez nacional ha excedido su poder, garantizando así, que la cláusula de excepción cumpla el objetivo que el legislador de la UE ha querido imponerle, y no tome el peligroso camino de la cláusula de escape del CR. Es por eso, que ahora indiscutiblemente el TJUE puede dirigir la aplicación de la cláusula de excepción, para que exista en la UE una jurisprudencia uniforme que otorgue seguridad jurídica a los intervinientes<sup>981</sup>.

**394.** Sin embargo, después de la posición del TJUE en el caso *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen*, muchos temores se han revivido, puesto que el Tribunal ha avalado una concepción jurídica que luchaba por mantener siempre abierta la enorme puerta de la

---

<sup>980</sup> Con esta opinión *vid.* R. FENTIMAN, *International commercial litigation...*, p. 221.

<sup>981</sup> E. LEIN, "The New Rome I/Rome II/ Brussels ...", *conc.* p. 186.

discrecionalidad judicial, donde cualquier argumento era válido para descartar la elección general de la Ley aplicable. Es cierto, el Art. 4.3 Reglamento Roma I tiene notables diferencias con el Art. 4.5 CR, pero también es cierto, que en ambas disposiciones se le reconoce un determinado margen de apreciación al juez, y es él, quien en última instancia, otorgará el valor que considere a los puntos de conexión, pues de la misma forma que en el CR, el Art. 4.3 Reglamento Roma I no trae una indicación de cómo han de evaluarse la importancia de esos factores de conexión. Y es justamente en este aspecto, donde el artículo puede ser “peligroso”, pues podría generar una preferencia por “los vínculos más estrechos” en detrimento de las normas rígidas<sup>982</sup>.

De todas formas –aún- no es momento de pánico, pues no se puede decir *a priori* que el juez al aplicar el Art. 4.3 Reglamento Roma I vaya a traspasar los límites que le impone el precepto, sin embargo, es probable que en el futuro se presenten un porcentaje de decisiones controvertidas, ya que no podemos olvidar que la discrecionalidad es inevitablemente enemiga de la uniformidad<sup>983</sup>. No obstante, debe considerarse que este margen de heterogeneidad jurisprudencial puede ser corregido con una nueva directriz interpretativa del TJUE, que salvaguarde -ahora si- las disposiciones rígidas para determinar la Ley aplicable al contrato, pues de lo contrario, inevitablemente a pesar del enorme esfuerzo, esta lucha habrá de terminar en derrota. Y en este caso dicha derrota no será solamente para la teoría de la rigidez normativa, sino que indudablemente la gran vencida será la seguridad jurídica de la UE.

---

<sup>982</sup> R.FENTIMAN, "Choice of law in Europe: Uniformity and Integration", p. 2041.

<sup>983</sup> *Ibidem*, p. 2048.

**395.** En consecuencia, la cláusula de excepción del Art. 4.3 Reglamento Roma I contribuye a la *previsibilidad* de la ley aplicable al contrato internacional por dos vías distintas y complementarias: a. Aplicándose sólo excepcionalmente, lo que conduce a que, por norma general, la ley del contrato se determine mediante las normas rígidas de los artículos 4.1 y 4.2 Reglamento Roma I. b. La cláusula de excepción potencia la previsibilidad al establecer -por medio de la regla de los vínculos más estrechos-, la ley que las partes esperaban ver aplicada a su contrato.



## **CAPÍTULO VI**

### **LA CLÁUSULA DE CIERRE.**

#### **I. INTRODUCCIÓN.**

**396.** El CR y el Reglamento Roma I contienen puntos de conexión en escala que se van excluyendo uno a uno dependiendo, ya sea de la voluntad de las partes, del tipo contractual, de las obligaciones llevadas a cabo por los contratantes, o del grado de vinculación del contrato con un determinado país. El operador jurídico debe aplicar en su orden cada punto de conexión de acuerdo a lo establecido en la norma jurídica, y deberá descartarlo si no cumple con los requisitos que le impone la disposición. Por esta razón, y después de considerarse inaplicables los factores de conexión principales, se hace necesario contar con un punto de conexión que ponga fin a la búsqueda de la Ley aplicable al contrato internacional.

La cláusula de cierre es la última etapa en la exploración de la *lex contractus*, es el último recurso con el que cuenta el juez para establecer cuál Ley regulará la relación jurídica, cuando todas las demás conexiones han sido inoperantes. Por esta razón, la función que cumple la cláusula de cierre es básica en el engranaje de cualquier norma de conflicto que utilice múltiples puntos de conexión.

**397.** La cláusula de cierre tiene claramente un carácter subsidiario, esto es, solo opera única y exclusivamente cuando han sido descartados los demás puntos de conexión, lo cual indica, que el juez del caso no podrá acudir a ella a su arbitrio, sino deberá agotar previamente las distintas etapas contempladas en la norma de conflicto.

#### **II. CLÁUSULA DE CIERRE EN EL CONVENIO DE ROMA DE 1980.**

**398.** El Art. 4.5 CR además de contener una cláusula de “escape”, contenía también una cláusula de cierre. Esta disposición establecía que cuando no fuese posible determinar la prestación característica del contrato, no podía aplicarse el apartado 2 del Art. 4 CR, esto es, la presunción general, y por lo tanto, se acudiría al principio general expresado en el Art. 4.1 CR, determinándose como la Ley aplicable al contrato, la del país que presentase los “vínculos más estrechos” con el mismo<sup>984</sup>.

Este precepto era vital dentro de la estructura del Art. 4 CR, puesto que se constituía en complemento indispensable de la presunción del Art. 4.2 CR, ya que entraba en aplicación justamente cuando ésta no podía operar. Por lo tanto, la cláusula de cierre permitía llenar los vacíos que dejaba la aplicación de la teoría de la prestación característica en la determinación de la *lex contractus*, concretando la Ley aplicable por medio de los vínculos más estrechos.

**399.** Aunque el Art. 4.5. CR como cláusula de cierre solo contemplaba un supuesto de imposibilidad de actuación de las presunciones: “No se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica”; la doctrina relacionó otros casos en donde la prestación característica no podía operar, y por lo tanto, se debía que acudir por analogía al Art. 4.5 CR para zanjar el problema.

De acuerdo a lo anterior el Art. 4.5 CR como cláusula de cierre se debía aplicar en los siguientes casos<sup>985</sup>: a. Cuando al contrato internacional no podía determinarse la prestación característica, *ad ex.*, en los contratos de permuta o distribución no era posible establecer cuál de las partes llevaba a cabo la prestación característica del contrato, por lo tanto, la presunción

---

<sup>984</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable ...", p. 20; C.M.V. LARSON/ J. HILL, *The conflict of laws...*, p. 344.

<sup>985</sup> A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, " El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las... ", p. 99.



del Art. 4.2 debía ser desatendida<sup>986</sup>. b. En algunos casos no podía comprobarse la “sede” de la parte que llevaba a cabo la prestación característica al momento de celebrar el contrato. Por este motivo, a pesar de que el contrato tenía claramente un prestador característico, no podía ubicarse el lugar explícito que exigía el Art. 4.2 para que fuese la Ley de dicho lugar la que regulara el contrato. c. Por último, cuando otros elementos necesarios para que operaran las presunciones no podían ser determinados. Por ejemplo el lugar de ubicación del inmueble<sup>987</sup>.

**400.** Múltiples decisiones judiciales utilizaron la cláusula de cierre del CR para establecer la Ley del contrato mediante los vínculos más estrechos. Buena parte de ellas hicieron buen uso de la cláusula, al ser utilizada cuando la teoría de la prestación característica era inaplicable al caso, o cuando no podía determinarse la sede del prestador característico.

Para la primera circunstancia, se puede ver la sentencia *Apple Corps Ltd v Apple Computer Inc*<sup>988</sup>. Esta decisión judicial ilustra la imposibilidad de establecer la prestación característica en un contrato donde se pactan obligaciones negativas. Se trataba de una demanda interpuesta por la compañía discográfica *Apple Corps* en contra de la conocida empresa de computadoras *Apple Computer Inc*, por el hecho de incumplir un contrato realizado entre las dos compañías en octubre de 1991. Dicho acuerdo regulaba el uso de sus respectivas marcas comerciales, y en especial, se pactaba la no explotación de la marca comercial. En este caso, el tribunal estimó que a partir del análisis del propio contrato y su naturaleza, no fue

---

<sup>986</sup> Vid. L. COLLINS (ed), *Dicey and Morris on the conflict of laws...*, p.1240; J. HILL, "Choice of Law in Contract under the Rome Convention...", p.335.

<sup>987</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, " El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las...", p. 100.

<sup>988</sup> *Apple Corps Ltd v Apple Computer Inc* Chancery Division 07 April 2004, [2004] EWHC 768 (Ch).

posible identificar una prestación como característica<sup>989</sup>. Por lo tanto, acudió al Art. 4.5 como cláusula de cierre para buscar el país con el cual el contrato presentaba los vínculos más estrechos, y de esta forma establecer la Ley que rige el contrato.

En el segundo evento, a pesar de que el contrato tenía un prestador característico, el tribunal debió utilizar la cláusula de cierre puesto que no se pudo identificar e individualizar la sede del prestador característico. Se trataba de un contrato de garantía, la cual se prestó por dos garantes con residencia uno en Inglaterra y otro en Gales. El juez estableció que la prestación característica la llevaba a cabo el garante de la obligación, que en este caso estaba constituido por dos partes. El juez a la hora de valorar la residencia habitual de dicho prestador característico, determinó que era imposible fijarse de forma unitaria, pues quien la llevaba a cabo tenía dos lugares de residencia habitual, no pudiéndose en este caso hacer una separación de la obligación. Por ende, estableció la inaplicación de la teoría de la prestación característica, y acudió a la cláusula de cierre<sup>990</sup>.

**401.** Es importante destacar que el uso de la cláusula de cierre, dependía directamente de la posición del tribunal respecto de la existencia o no de la prestación característica en algunos contratos, ya que como se recordará, no hubo una interpretación uniforme aún en los casos menos complejos, como en los que existía un intercambio simple de cosas o servicios por dinero. Por esta razón, existieron sentencias donde se aplicó erróneamente la cláusula de cierre del Art. 4.5 CR a contratos que claramente tenían un prestador característico.

---

<sup>989</sup> "Accordingly, I consider that starting from the contract itself, and looking at its nature, one cannot identify characteristic performance provided by one party or the other". *Vid.* Apple Corps Ltd v Apple Computer Inc Chancery Division 07 April 2004, [2004] EWHC 768 (Ch).

<sup>990</sup> *Governor and Company of the Bank of Scotland of the Mound v David Butcher*. Court of Appeal (Civil Division) de Inglaterra y Gales de 28 de julio de 1998. *Vid.* L.F. CARRILLO POZO, " Ley aplicable al contrato en defecto de elección: ...", p. 30.

**402.** Es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sobre compraventa internacional de mercaderías entre un vendedor con nacionalidad y domicilio en Inglaterra, y un comprador español<sup>991</sup>. Se discutía en el proceso la calidad de las mercancías entregadas. El tribunal rechazó que la prestación característica en un contrato de compraventa fuera la obligación de entrega -como lo proponía el apelante-, y determinó la Ley aplicable basado en la cláusula de cierre mediante la identificación del país con el cual el contrato presentaba los vínculos más estrechos, reconociendo que el contrato tenía los vínculos más estrechos con España en los siguientes términos: “presentado la obligación vínculos más estrechos con España toda vez que desde este país se solicitaron las mercancías y en España se entregaron a la parte apelante, por lo que indudablemente resulta de aplicación la legislación española”.

La AP Vizcaya acudió a la cláusula de cierre del Art. 4.5 CR para establecer la *lex contractus*, pues entendió que el contrato de compraventa no tenía un prestador característico. De esta forma, aplicó la Ley española perjudicando enormemente al vendedor inglés, pues su Ley debió aplicarse para regular el contrato.

Esta sentencia permite entender la importancia de la correcta aplicación de la cláusula de cierre, ya que el CR y ahora el Reglamento Roma I, se le ha otorgado al juez un destacado papel a la hora de determinar la Ley del contrato, y este poder discrecional le ha permitido en este caso, desatender la teoría de la prestación característica, y conceder un valor primordial al lugar de entrega de las mercancías para establecer los vínculos más estrechos con el contrato, todo ello orientado a aplicar la *lex fori*. Indudablemente la previsibilidad de la ley aplicable al contrato internacional se veía afectada con la errónea aplicación de la cláusula de

---

<sup>991</sup> SAP, Vizcaya, de 5 de noviembre de 2003.

escape, pues los contratantes previeron la aplicación de la ley del prestador característico, ajustando su conducta comercial a dicha ley, y posteriormente fueron sorprendidos por una decisión que, sin duda, les tomó por sorpresa y les incrementó los costes conflictuales.

### III. CLÁUSULA DE CIERRE EN EL REGLAMENTO ROMA I.

**403.** El Art. 4.4 del Reglamento Roma I trae la que se conoce como cláusula de cierre. Esta disposición subsidiaria que corresponde al primer párrafo del Art. 4.5 CR, se utiliza para establecer la Ley aplicable al contrato internacional, cuando ésta no pueda determinarse mediante el Art. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I<sup>992</sup>. Es decir, cuando el contrato no pueda encuadrarse en la lista del Art. 4.1 Reglamento Roma I, y adicionalmente, sea de aquellos a los que no se les puede establecer un prestador característico<sup>993</sup>. Así lo establece el propio Art. 4.4 Reglamento Roma I: “Cuando la Ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”<sup>994</sup>.

**404.** Este precepto es, sin lugar a dudas, una herramienta necesaria para conseguir que el Art. 4 Reglamento Roma I tenga una aplicación de carácter general, es decir, se aplique a la totalidad de contratos internacionales. En primer lugar, porque el legislador de la UE no podía establecer reglas fijas para la generalidad de tipos contractuales existentes en el comercio internacional, por esta razón, se ha escogido los contratos más usados y que abarcan la mayor cantidad de relaciones jurídicas. En

---

<sup>992</sup> T. BALLARINO, "Il Regolamento roma I forza di legge, effetti, contenuto", *Cuadernos de derecho trasnacional*, vol. 1, nº 1, 2009, pp. 5-18, concr. p. 13.

<sup>993</sup> A. BONOMI, "The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual ...", p. 175.

<sup>994</sup> Artículo 4.4 Reglamento Reglamento Roma I.

segundo lugar, porque la teoría de la prestación característica, encargada en el Art. 4.2 para establecer la Ley aplicable al contrato cuando no sea de utilidad el Art. 4.1 Reglamento Roma I, no puede ser aplicada a determinados contratos. Esto sucede porque muchos contratos no responden a un intercambio simple de cosas o actividades por dinero, sino que están constituidos por obligaciones recíprocas complejas, que además, dificultan la ubicación del centro de gravedad del contrato<sup>995</sup>. Tal es el caso del contrato de permuta, Swap, contratos de cooperación empresarial (*joint venture*), cuenta corriente recíproca, contratos de *engeneering*, *licence exchange contracts*, entre otros<sup>996</sup>.

Por lo tanto, el rol fundamental de la cláusula de cierre del Art. 4.4 Reglamento Roma I, es llenar los vacíos que dejan los numerales 1 y 2 del Art. 4 Reglamento Roma I, para que la disposición cuente con las herramientas necesarias para identificar la Ley aplicable a cualquier tipo de contrato internacional<sup>997</sup>.

**405.** En esta cláusula de cierre, el juez vuelve a tener un papel primordial a la hora de determinar la Ley aplicable al contrato mediante el criterio de los vínculos más estrechos, puesto que debe analizar las conexiones del contrato con los distintos países intervinientes, ponderando “la relevancia de esas conexiones bajo los principios del Derecho contractual”<sup>998</sup>.

---

<sup>995</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p. 211.

<sup>996</sup> Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado...*, p. 498; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el...*, p. 211; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Applicable law in the absence of choice to contracts...”, p. 218.

<sup>997</sup> J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes...*, p. 530.

<sup>998</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable...”, versión *on line*.

Es importante destacar que la aplicación de la regla de los vínculos más estrechos en esta cláusula de cierre, tiene connotaciones diferentes a las establecidas en la cláusula de excepción. Como se recordará, para la aplicación de los vínculos más estrechos en el Art. 4.3 Reglamento Roma I como cláusula de excepción, se requería que dicha vinculación fuese manifiestamente más estrecha con el contrato y que se desprendiese de manera clara de las circunstancias del contrato. Estas condiciones que se le imponen al Art. 4.3 Reglamento Roma I -para evitar los problemas que presentó el CR-, no están presentes en el Art. 4.4 Reglamento Roma I, con lo cual, basta que se compruebe una ligera inclinación a favor de una determinada Ley, para que pueda ser designada como la más vinculada con el contrato<sup>999</sup>. Esto se debe a que la cláusula de cierre no cumple la función de corregir una previa elección de Ley, por el contrario, es la encargada de establecer la *lex contractus* cuando los apartados 1 y 2 del Art. 4 no pueden operar. En algunos contratos no se puede percibir con facilidad cuál es el país mayormente vinculado con el negocio jurídico por existir un balance entre las partes. Es por eso, que el juez puede inclinar la balanza en favor de una determinada Ley, basado en que dicho país tiene una mayor –aunque muy ligera- vinculación con el contrato<sup>1000</sup>.

**406.** Como se analizó en un capítulo precedente, la teoría de la prestación característica presentó muchas dificultades en cuanto a su aplicación práctica por los jueces de los Estados parte del CR, algunas de ellas porque su propia definición dejaba por fuera muchos contratos internacionales, y otras porque en su aplicación práctica era imposible llegar a establecerse. En algunos contratos internacionales se hacía imposible establecer cuál de las prestaciones llevadas a cabo por los contratantes era

---

<sup>999</sup> U. MAGNUS, Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence ...”, p. 49.

<sup>1000</sup> *Ibidem*, p. 50.

la que caracterizaba el contrato. Esto sucedía porque dichas prestaciones eran “sustancialmente iguales”, o porque las prestaciones llevadas a cabo por las partes no eran de carácter dinerario<sup>1001</sup>. Lo anterior podía acontecer en contratos de intercambio de bienes o servicios, o un intercambio negativo de promesas<sup>1002</sup>.

De la misma forma, la teoría de la prestación característica encontraba dificultad en su determinación, en los casos donde a pesar de que el contrato fuera de aquellos que contaban con prestación característica, su determinación no podía llevarse a cabo por motivos prácticos. Esto sucedía cuando el prestador característico tenía su residencia habitual en dos países diferentes, y las prestaciones eran llevadas a cabo en ambas sedes, sin que existiese posibilidad de separación<sup>1003</sup>. Asimismo, podía suceder que el prestador característico no tuviera una residencia habitual, o ésta no pudiese llegar a determinarse<sup>1004</sup>.

**407.** Sin embargo, para analizar los supuestos de aplicación de la cláusula de cierre del Art. 4 Reglamento Roma I, se debe tener en cuenta el nuevo enfoque que el Reglamento Roma I ha querido otorgarle a la teoría de la prestación característica, mediante la incorporación del concepto del centro de gravedad. Por lo tanto, la aplicación de la cláusula de cierre del Art. 4.4 Reglamento Roma I se aplicará en las siguientes circunstancias:

a. Cuando se está en presencia de contratos que no responden al esquema simple de intercambio de bienes o servicios por dinero, como

---

<sup>1001</sup> L.F. CARRILLO POZO, " Ley aplicable al contrato en defecto de elección: ...", p. 29.

<sup>1002</sup> R. FENTIMAN, *International commercial litigation...*, p. 211.

<sup>1003</sup> *Court of Appeal (Civil Division)* de Inglaterra y Gales de 28 de julio de 1998 (*Governor and Company of the Bank of Scotland of the Mound c. David Butcher*) Vid L.F. CARRILLO POZO, " Ley aplicable al contrato en defecto de elección: ...", p. 30.

<sup>1004</sup> L.F. CARRILLO POZO, " Ley aplicable al contrato en defecto de elección: ...", p. 30.

pueden ser los contratos mixtos, complejos, y con prestaciones de distinta naturaleza, y tampoco se les puede establecer su centro de gravedad.

b. Cuando no pueda establecerse el país donde el prestador característico tiene su residencia habitual al momento de celebrarse el contrato.

c. Cuando la prestación característica sea llevada a cabo por más de un sujeto, y éstos tengan su residencia habitual en dos países distintos<sup>1005</sup>.

**408.** Para todos estos supuestos mencionados, el juez deberá acudir a la regla de los vínculos más estrechos contemplada en la cláusula de cierre, para identificar caso a caso la ley aplicable al contrato internacional. Sin embargo, el precepto no establece la forma de valorar los puntos de conexión del contrato con un concreto país, para identificar aquel que tenga los lazos más estrechos con la relación jurídica. Por este motivo se hace necesario profundizar el análisis de la regla de los vínculos más estrechos.

#### **IV. EL PRINCIPIO DE PROXIMIDAD Y LA REGLA DE LOS VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS.**

##### **1. Aspectos introductorios.**

**409.** La regla de los vínculos más estrechos incorporada en el Art. 4 del CR y ahora trasladada al Reglamento Roma I es un “concepto jurídico indeterminado” dotado de un alto grado de flexibilidad, que le permite la adaptación a los continuos cambios de la realidad comercial internacional. La regla de los vínculos más estrechos es la materialización de un principio

---

<sup>1005</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a los contratos internacionales ...”, p. 212.



de DIPr.: el principio de proximidad<sup>1006</sup>. El principio de proximidad procura someter los hechos o actos jurídicos a la Ley de aquel país que tenga una vinculación más estrecha con ellos<sup>1007</sup>. En materia de contratos internacionales, ha de ser la Ley que otorgue mayor previsibilidad a las partes del contrato y la que represente menores costes a las partes.

**410.** El principio de proximidad basado en los vínculos más estrechos del contrato, no fue una creación del CR que se trasladó al Reglamento Roma I, sino que ha sido un punto de conexión histórico utilizado por el DIPr. Europeo, especialmente en la concepción jurídica anglosajona.

El principio de proximidad entiende que si un contrato no queda regulado por la Ley del país que presente los vínculos más estrechos, los contratantes internacionales se verían abocados a cumplir con sus obligaciones contractuales y a resolver sus controversias a un elevado coste. Este principio debe “equipararse” a: 1. Proximidad entre un contrato y un país. 2. Previsibilidad de la Ley aplicable. 3. Aplicar la Ley estatal que comporta los menores costes conflictuales<sup>1008</sup>.

La aplicación del principio de proximidad ha presentado algunas falencias, puesto que al ser una solución flexible de la determinación de la

---

<sup>1006</sup> M. VIRGOS SORIANO, La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla...” concr. p.5292.

<sup>1007</sup> De vital importancia en aspectos de “competencia judicial internacional”, pues determina el tribunal del lugar más idóneo para apreciar los hechos y reunir el acervo probatorio. Ad. ex. En procesos sobre inmuebles, el lugar donde se encuentre su ubicación, y en el caso de accidentes, el lugar donde sucedieron los hechos, *vid.* 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, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654 final p. 10.

<sup>1008</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 712.

*lex contractus*, en muchos eventos ha generado incertidumbre. No obstante, PAUL LAGARDE ha defendido que en el caso del CR esta desventaja propia del principio de proximidad fue atenuada mediante dos vías distintas: por la autonomía conflictual del Art. 3 CR, puesto que las disposiciones sobre la Ley aplicable al contrato en defecto de elección -basadas en el principio de proximidad- tienen una aplicación subsidiaria. Asimismo, esta incertidumbre fue reducida por la incorporación de las presunciones de los artículos 4.2, 3 y 4 CR<sup>1009</sup>.

No obstante, el papel protagónico que ostentaba el principio de proximidad en el CR fue reducido considerablemente en el Reglamento Roma I, disminuyendo así la flexibilidad de la norma de conflicto<sup>1010</sup>. Efectivamente, a pesar de no haber sido abandonado totalmente el principio de proximidad en el Reglamento Roma I, está muy lejos de tener el brillo que lo caracterizaba en el CR<sup>1011</sup>. Lo anterior porque el legislador de la UE ha querido potenciar la previsibilidad del Derecho aplicable como fórmula válida de seguridad jurídica, en perjuicio de las fórmulas de determinación flexibles.

Así lo contempla la primera parte del considerando 16 Reglamento Roma I: “Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de Leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad...”. Sin embargo, ha entendido que las normas de conflicto deben tener un determinado grado de flexibilidad para que puedan adaptarse a las cambiantes relaciones jurídicas internacionales, por lo que ha considerado

---

<sup>1009</sup> H. GAUDEMET-TALLON, "Le principe de proximité dans le Règlement...", p. 195.

<sup>1010</sup> P. LAGARDE, "Introduction. Considérations de méthode...", p. 9.

<sup>1011</sup> T. BALLARINO, "Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento...", p. 55.

oportuno no abandonar totalmente el principio de proximidad, sino replantearlo. Así lo deja entrever la segunda parte del considerando 16: “...No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la Ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación”.

## **2. Determinación de la Ley más vinculada con el contrato. Relevancia de los puntos de conexión.**

**411.** Tanto el CR como ahora el Reglamento carecen de unos criterios claros que sirvan de guía a la hora de evaluar los puntos de conexión de un contrato con un país, tampoco el informe GIULIANO/LAGARDE ofrece claridad sobre este aspecto. No obstante, la doctrina ha establecido unos criterios básicos de aplicación de la regla de los vínculos más estrechos que se pueden resumir de la siguiente manera:

a. *Opera a posteriori.* La designación de Ley mediante la regla de los vínculos más estrechos produce su resultado, después de hacer una ponderación de todas las circunstancias relevantes del contrato, pues es una regla que opera *a posteriori* y no *a priori*, ya que para su concreción se basa en los elementos de cada caso en particular<sup>1012</sup>.

b. *Balance de los puntos de conexión.* El Juez debe valorar los puntos de conexión de manera individual y en conjunto, pues estos factores de conexión “no solo se cuentan, sino que se pesan y contrapesan entre sí”<sup>1013</sup>. Esta valoración de la relación del contrato con los diversos países debe hacerse -como lo expresan A. CALVO y J. CARRASCOSA- mediante un

---

<sup>1012</sup> M. VIRGOS SORIANO, La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla...”, conr. p. 5294.

<sup>1013</sup> *Ibidem*, p. 5296.

“*Balancing Test*”, esto es, a través de una evaluación de los factores de conexión que presenta cada caso en particular, la cual lo llevará a descubrir la cantidad y calidad de dichos puntos de conexión<sup>1014</sup>. Sin embargo, es necesario precisar que no se trata de una simple acumulación o suma de factores de conexión entre un contrato y los países con los cuales está conectado, ya que el país más vinculado con la relación jurídica no es aquel que tenga un número mayor de factores de conexión, pues no es una operación aritmética. Lo que debe hacer el operador jurídico, es establecer una clara distinción entre cada factor de conexión y su significado, pues el concepto de “vínculos más estrechos” requerirá siempre de una valoración. Dicha valoración implica una distinción entre la existencia misma de un punto de conexión y su calidad como factor localizador.

c. *Valoración de todos los contactos*. El tribunal debe considerar todos los elementos presentes en el caso concreto, sin hacer consideraciones anticipadas respecto del peso de cada uno de ellos, es decir, sin hacer una previa selección de los puntos de conexión<sup>1015</sup>. Este aspecto es de vital importancia, pues como cada caso presenta características diferenciadoras, todos los factores de conexión se consideran importantes<sup>1016</sup>. Asimismo, el tribunal no tendría por qué limitar el análisis de los factores de conexión por aspectos estrictamente temporales<sup>1017</sup>. En otras palabras, no valoraría el momento en el cuál dicho punto de conexión se hizo presente en el contrato.

---

<sup>1014</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 717.

<sup>1015</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable...", p. 18.

<sup>1016</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II..., p. 718.

<sup>1017</sup> R. FENTIMAN, *International commercial litigation...*, p. 215.

Consecuentemente, podrá valorar “elementos que hayan surgido tras la celebración del contrato”<sup>1018</sup>.

d. *Tipos de contactos*. Estos vínculos con el contrato pueden ser: *subjetivos*, que emanan de circunstancias propias de las partes del contrato, como la nacionalidad de los contratantes, el domicilio, la residencia habitual, entre otras. *Objetivos*, que proceden de circunstancias que atañen solo al contrato, como las territoriales (lugar de celebración del contrato, lugar donde se llevan a cabo las negociaciones, el lugar de ejecución de las obligaciones contractuales), las jurídicas (vinculación con los tribunales de un país, o con su Ley interna), o las circunstancias económicas (cuando el contrato se “inserta” en un determinado mercado nacional)<sup>1019</sup>.

e. *Importancia de los factores de conexión*. Es cierto que todos los contactos son importantes, pero existen algunos con una mayor capacidad de localización, y otros con una menor o reducida capacidad.

-Dentro de la primera categoría (mayor capacidad de localización) se pueden distinguir los siguientes: el lugar de la sede de las partes del contrato, el lugar de la ejecución del contrato, el contexto económico del contrato y la “corriente de comercio internacional”, y la relación del contrato con otros contratos<sup>1020</sup>.

Con respecto a este último factor de conexión, el Reglamento Roma I lo destaca en sus considerandos 20 y 21<sup>1021</sup>. Por lo cual, es un elemento al

---

<sup>1018</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable ...", p. 18.

<sup>1019</sup> M. VIRGOS SORIANO, La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla..., concr. p. 5296.

<sup>1020</sup> A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho Internacional Privado, vol. II..., p. 719.

<sup>1021</sup> Considerandos 20 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales

que el tribunal debe prestar especial atención: "...para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos."

Se trata de analizar si el contrato en cuestión mantiene una relación (muy) estrecha con uno o más contratos, es decir, si constituye una transacción compleja<sup>1022</sup>. De ser el caso, el Reglamento Roma I tiene la intención de que dichos contratos se rijan por la misma Ley<sup>1023</sup>. Sin embargo, lo que el Reglamento Roma I le impone al juez, es tener en consideración esta relación contractual, sin que deba aplicar automáticamente la Ley de ese o esos contratos, a la relación jurídica debatida.

-Dentro de la segunda categoría (menor capacidad de localización) se encuentran los siguientes contactos: la clase de contrato, el lugar de

---

(Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6. "Si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en el artículo 4, apartados 1 o 2, una cláusula de escape debe establecer que ha de aplicarse la ley de ese otro país. Para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos". Considerando 21 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6. "A falta de elección, cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base de que el contrato pueda catalogarse como uno de los tipos especificados o como la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, el contrato debe regirse por la ley del país con el cual presente unos vínculos más estrechos. Para determinar ese país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos".

<sup>1022</sup> Sobre una transacción compleja donde el juez estimó necesario aplicar la misma ley a la totalidad de contratos, puede verse la sentencia: *Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd* Court of Appeal (Civil Division) 21 December 2001, [2001] EWCA Civ 2019.

<sup>1023</sup> R. FENTIMAN, *International commercial litigation...*, p. 216.

celebración del contrato, el idioma, el tribunal escogido por los contratantes, nacionalidad de las partes, la moneda de pago, entre otros<sup>1024</sup>.

**412.** Para el profesor FENTIMAN lo trascendental de la evaluación de estos factores de conexión, es que el tribunal valore el peso de cada factor teniendo en cuenta su importancia práctica. Esto es por ejemplo, que en el actual sistema de comercio digital, el lugar de celebración del contrato tenga una importancia menor, por el contrario, el lugar de ejecución del contrato tiene un importante valor como factor de conexión<sup>1025</sup>. Para VIRGOS SORIANO lo importante es que esta valoración se realice desde la propia naturaleza del contrato, y no desde un “un punto de vista externo a la economía del contrato”<sup>1026</sup>.

---

<sup>1024</sup> Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre...*, p.265; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II...,p. 567.

<sup>1025</sup> R. FENTIMAN, *International commercial litigation...*, p. 217.

<sup>1026</sup> M. VIRGOS SORIANO, La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla..., conocr. p. 5297.





## **CONCLUSIONS**



## CONCLUSIONS

**413. *In the field of the international contracts is absolutely necessary to consolidate a juridical regulation able to solve all kind of conflicts that can present the development of the international trade transactions.*** The international trade relations currently are made in a globalized world, each day are been diminished or eliminated the different physical and legal barriers for the trade can be made without restrictions and it can satisfy the needs of a society in constant change. This new scene represents a great challenge for the Law, which must adapt to the social reality granting the juridical protection to give security to the citizens relationships. So, the process that the European Union is making for the consolidation of the juridical norms is a concrete answer to the globalized juridical relations.

**414. *The creation of the Private Law of the European Union is based, currently, in a multi level structure where coexist the material diversity, the minimum material harmony and the uniform private International Law looking for an equilibrium between diversity and legislative uniformity.*** The uniformity process of material Law and of Private International Law norms in the European Union as valid formulas to give juridical security to the contracting through predictability of the Law applicable to international contracts, are compatible and complementary processes. One of the main problems to which the contracting is confronted is to know which national Law will direct the destination of its contract. This is present due to each country has autonomous provisions about the international contracts theme, producing in this way, the juridical pluralism. The juridical pluralism represents to the international contracting to assume highest information costs on the law that will regulate its contract; for this reason, this

information costs must be decreased in two ways: the unification of the material Law and the unification of the conflict of law rules.

An integral market requires in absolute way of uniform juridical norms. However, and although can be recognized that the complete codification of the private material Law would be the perfect answer to attend the challenges imposed by the globalized trade. Today, and at least to medium term, the complete uniformity of the material norms in the European Union will not be a reality. However, and although have been gave important steps through Law figures proper of the European Union, this process must advance hopelessly together with the diversity, and, justly here, where the unification of the provisions of the private international Law has special importance today because it contributes with the necessary tools in order to guarantee that the interested parts can have relations to international level with a major juridical security, faster and to a lower price.

**415. *The uniform conflict rules have been constituted in an absolutely necessary tool in the current model of globalized trade because they give a unified answer for the determination of *lex contractus*, contributing to the juridical security through the predictability of the applicable Law to the contract.*** The uniform conflict rule is an important juridical figure in the current model of foreign trade because it is in charge to send the national Law which must to regulate the international contracts and this juridical norm is the same for all judges of the member States. Although, the conflict of law rule does not solve the discussed issue, it determines which is the national juridical ordering that must regulate it. In the international juridical scene, the uniform conflict rules are low; however, they are one of the most characteristic features of the current Private International Law.

A conflict of law rules with a high level of predictability contributes too much to the juridical security of the European Union and to save the contract economy. When a contracting is confronting to the challenge of commercialize to international level, its must assume great uncertainty because in an eventual juridical process, it does not know to the judge in charge of the process, under which law will be treated the conflict and if the decision took could be recognized in a different country to the judge who issued it. So, the unified conflict rules must contain a high level of predictability which allow to the contracting to know *ex ante* the regulator Law of the contract because in this way is possible to adapt the commercial conduct to such juridical norm, in case of its own law or a foreign law, can also, save information costs on the applicable law and, in general, to valuate the global costs of the commercial operation.

**416. *The unification of the Private International Law norms to scale of European Union constitutes one of the main objectives of the international cooperation in civil matter and it is a direct complement of the mutual recognition principle on juridical resolutions.*** With the put in operation of the Amsterdam Treaty, Private International Law of the European Union was fully transformed because, was achieved, in its moment named, “communitarization” of Private International Law norms by account of European Union institutions, that, in spite that the juridical bases for the member States negotiate and entered Conventions of international character continued fully in force, during the validity of the Amsterdam Treaty they lost all relevance. The put in operation of the Lisbon Treaty establishes continuity in the transformation policies established in the Amsterdam Treaty and on some aspects, it constitutes a real “consolidation” of such policies. With the competences for the creation of own Law of the European Union began in the Amsterdam Treaty and consolidated through the Lisbon Treaty is constituting a real uniform Private International Law in the European Union.

This uniform Private International Law eliminates many obstacles to get the total eradication of the *exequatur*, and in this way, is possible to achieve a real juridical area in the European Union. Regarding the applicable law to the international contract, is clear that some unified conflict of law rules promote the free traffic of judicial resolutions, because a member State will accept, without reserves, a sentence dictated by a judge of a member State that has used the same conflict of law rules to select the applicable law to the contract.

**417. *The Rome Convention of 1980 on the applicable law to contractual obligations in the European Union had to be transformed in a European Union Regulation.*** The unification of Private International Law provisions to European Union level, promoted by the Article 65 EC Treaty and reinforced today by the new Article 81 TFEU, have produced the birth of new provisions and the transformation of juridical instruments of Private International Law of Conventional origin in proper juridical bodies of European Union Law. The Rome Convention was, during many years, the juridical tool that unified the provisions about the applicable law to the international contracts in European Union. This important normative text born in order to eliminate the different inconveniences presented by the existence of multiple conflict of law rules regarding to international contracts in European Union, specially to avoid the fraudulent selection of the applicable law to contract (*forum shopping*).

Without any doubt, the Rome Convention constituted a great step to achieve the juridical security in the European Union, increasing the predictability of the applicable law to international contracts as absolutely necessary tool in order to get a area of freedom, security and justice.

Norwithstanding, the judicial reality of the Rome Convention showed biggest problems in the application of its provisions. However, is important to enhance that the Rome Convention problems were not exclusively in its clauses that were suitable to establish the applicable law to the contractual obligations in European Union, but in the erroneous application, by the Courts of the States members of the Agreement. For this reason, although many of the modifications introduced to the Rome Convention were addressed to restrict the discretionary power of the judge, a change in the juridical norm does not guarantee the correct application of the provision.

**418. Rome Convention presented serious inconveniences that cause its transformation to a Regulation of European Union. Such inconveniences were present in two big segments: a. Heterogeneous interpretation of its provisions; b. multiple inconveniences that arose of not be, in strict sense, Law of European Union.** The interpretation of some provisions of Rome Convention, and especially of its Article 4° was, without any doubt, the most important problem confronted by the Rome Convention application. First that all, was not understood the scope of the rule of the closer connections showed in the Articles 4.1 and 4.5 Rome Convention, and very specially in the nearest relation with the presumptions of the points 2, 3 and 4 of Article 4° Rome Convention. Second, because the characteristic performance theory was interpreted in non equal way by the different courts, generating, logically, juridical uncertainty. On the other hand, as the Rome Convention was not part, in strict sense, of Law of European Union, the Court of Justice of the European Union could not automatically interpretate the provisions of the Convention. This problem was increased because the interpretation protocols delayed many years in be put in operation, which cause a great quantity of judicial decisions in contraire. These serious inconveniences regarding Rome Convention interpretation caused that due to the Rome Convention transformation to European Union Regulation was

took in order to do modifications in the clauses tending to solve such problems.

On the other hand, the fact to keep the provisions about applicable law to international contracts in an International Convention represented also serious inconveniences. So, the adoption of Rome I Regulation solved immediately two of Rome Convention problems: the interpretation of Court of Justice of the European Union, and the automatic application to the new member States of European Union.

All the above mentioned allow to conclude that the fact to convert Rome Convention in a proper Regulation of European Union has represented great advantages in the application and interpretation of the Regulation, solving various of the Rome Convention problems and has allowed to consolidate a very important juridical block in order to regulate the international juridical relationships.

**419. *The selection of the figure of Regulation in order to show the unification of the applicable law to international contracts is a success of European unión Legislator.*** With the selection of the figure of European Union Regulation was achieved that the provisions have a general and obligatory scope for all the member States and was obtained the full legal uniformity, because is not necessary its transposition to the internal ordering of each member State. Really, this decision did not present serious inconveniences because the answers to Green Paper were addressed to recognize that the Regulation was the juridical figure of European Union, suitable to joint the provisions on applicable law to international contracts; and having in mind that the European Union Legislator had selected, in previous way, to the Regulation in order to show Private International Law



uniform norms of Union, is possible to say that it was a logic legislative policy decision.

**420. Rome I Regulation contributes to the juridical security of European Union because it eliminates the “forum shopping”.** With the unification of the conflict of law rules regarding to contract in European Union through Rome I Regulation is guaranteed that any judge of the members States will apply the same conflict of law rules in order to establish the *lex contractus*, and with it is get, that regardless the court trying the issue, the contract will be directed by the same material law. This is one of the great achievements of the Rome I Regulation, main heritage of Rome Convention, because with the uniformity on applicable law to international contracts, is avoid the fraudulent location of the contract (*forum shopping*).

**421. The creation of Rome I Regulation is fully supported by the TFEU directives.** Rome I Regulatory has its juridical base in the Article 81 TFEU (old article 61 and 65 EC Treaty), because such precept allows to establish judicial cooperation actions in civil matter, tending to conform a freedom, security and justice area in European Union. Justly one of such actions is the unification of the provisions about the conflicts of law.

**422. The fact that the Court of Justice of the European Union has interpretative competence of Rome I Regulation from itself put in operation is a great advance in European Union juridical security regarding to international contracts.** The CJEU has full faculties to interpretate Rome I Regulation; this guarantee that will not be produce dan heterogeneous interpretation of Regulation provisions as happened with Rome Convention. In this way is solved one of the main inconveniences that Rome Convention had becuase during many years CJEU could not make an

interpretation of its provisions, which caused that many of its articles were applied in heterogeneous way. For this reason, the fact that CJEU has full competence to interpretate Rome I Regulation is a great advance for the juridical security of European Union.

**423. Rome I Regulation is a real uniform juridical body that is applied in direct, general and obligatory way in the territories of the members States of European Union according to Article 355 TFEU.**

Without any doubt, this is one of the advantages of the transformation of the Rome Convention in an European Union Regulation because the Rome I Regulation was in force in direct way for the members States and additionally when a new State enters to European Union, it will be applicable, in direct and automatic way, without need to ratify by the national legislative power side. In this same line is necessary to register the fact that the members States can not make reserves regarding to the application of some provisions of the Regulation as passed in Rome Convention. This guarantees that its provisions will have a general and obligatory application and for this is possible to recognize that Rome I Regulation is a real uniform juridical body in European Union.

However is necessary to do a clarification. As Denmark, the United Kingdom and Ireland have an special position of Title V of the third part of TFEU, Rome I Regulation has not direct application on them; however, Ireland and the United Kingdom have accepted the incorporation to Rome I Regulation; so, it has full validity in their territories. As Denmark has not accepted its incorporation to Rome I Regulation, Rome Convention will continue in force.

**424. Rome I Regulation is a juridical body with not retroactive character.** Only to contracts celebrated from December 17<sup>th</sup>-2009 will be applicable the Rome I Regulation provisions. This because in spite that the Regulation was valid since July 24-2008, its application was ordered on December 17-2009 with not retroactive character. Spain, England and the majority of members States of European Union were part of Rome Convention; so, the contracts celebrated before December 17-2009 and from the Rome Convention application date will be directed by the provisions of the Convention. The temporary application field of Rome I Regulation evidences that, in spite that the Regulation is substituting the Rome Convention, this uniform juridical body will be applied by some more years because many of the contracts finished during its validity, are in force yet and this can cause future juridical conflicts and having in mind the not retroactive character of Rome I Regulation, these disputes must be solved under Rome Convention juridical norms.

**425. Rome I Regulation is of universal application and this contributes to good operation of the internal market.** One of the features more characteristic of the Rome I Regulation is its universal application. Rome I Regulation is applied in order to solve the laws conflict regardless if the contract has connection points between the members States of Rome I Regulation. This means, the Regulation also can be used to select the applicable law to juridical relations out of European Union because it not bear in mind the nationality, domicile or residence of the parties, nor any other circumstance of the juridical relation. Also, the universal character of Rome I Regulation indicates that can be selected as applicable law to contract, juridical ordering of the members countries of Rome I Regulation of any other State.

The reason of the existence of the *erga omnes* application of Rome I Regulation is avoid the concurrence of juridical norms perfectly applicable to the same international relation in the proper field of European Union or regarding to third countries. In this way, is possible to establish a general system of Law applicable to the contractual obligations, openend to any international relation out of European Union and not only for connections to inner of European Union and this is favorable to the correct functioning of internal market. For this reason, the correct application of the universal character of Rome I Regulation by the Courts is vital for the international commercial relations be regulated in efficient way by the same conflict of law rules and any erroneous interpretation of this universal character will damage to the contract parties.

From analysis that this work has made on the Rome Convention jurisprudence regarding the application of its universal character, was confirmed that in the majority of judicial pronouncement was atended the *erga omnes* character of Rome Convention; however, could be confirmed that there are many pronouncement which unknown the universal application of the Convention and denied its application saying that the contracting has not nationality or residence in some of the States part of Convention or that the law selected through their precepts was not of a member country of the Rome Convention. As the universal character of Rome Convention was transfered in equal way to Rome I Regulation, is possible to conclude that its application will not have special change and in general terms, the judges of the members States will apply it in correct way. However, always will have erroneous interpretations which could be corrected by Court of Justice of the European Union.

**426. With the put in operation of the Rome I Regulation, the conflict of law rules contained in the internal legislations of the members States were displaced by the uniform juridical body.** This means, that the Rome I Regulation is of preferential application regarding to the internal norms and, that although such provisions have not been derogated, its acting margin is minimum. Having in mind the above mentioned, can be established that the internal norms on conflict of law have application to select the *lex contractus*, to the contracts out of material application field of Rome I Regulation, although is important to enhance that for this kind of juridical situations, there are special norms that regulate this specific matter. So, the internal norms neither would have application. Also, the internal provisions are applied in order to solve internallaw conflict in the States having different territorial units with autonomous provisions regarding to contractual obligations and that did not use of prerogative granted by the Article 22 Rome I Regulation. Finally, the internal conflict norms are applied to solve the conflict of law to the contracts celebrated before to the put in operation of Rome Convention for the respective countries.

Having in mind the above mentioned, is noted that the conflict of law rules contained in the internal legislation of the members States of Rome I Regulation will have a lower application to solve the conflict of laws of contractual character.

**427. Party autonomy to designate the applicable Law will is constituted as the key piece of the determination system of applicable law under Rome I Regulation and it is the main tool to get predictability of the applicable Law.** Party autonomy to designate the applicable Law will is fully recognized by Rome I Regulation and it is made showing a wide juridical margin for the parties of a contract can establish, by common

accord, the national law that directs its juridical relation. This faculty granted by the Regulation constitutes the major tool to get the predictability of the contract law because there is not any most predictable law that the one agreed by the parties.

However, if we analyze the Rome Convention case law, we can confirm that a great quantity of international contracts are signed without an applicable law agreement. The last, because an important number of judicial decisions determine the applicable law through the Articles 4, 5 and 6 Rome Convention; this means, through provisions about applicable law in the absence of choice.

Summarizing, if the parties would use the subjective right consecrated in the Article 3° of Rome I Regulation, would go ahead in its proper contractual juridical security, because they would know from the first time the law that would direct its contract and this would have, not only the predictability of the applicable Law but also a decrease on the conflict costs.

**428. *The connection points of Article 4° Rome Convention of 1980 were a revolution in the way to establish the applicable law to the contract in absence of choice; however, it was the agreement provision that most doubts caused during its more than 20 years of implementation.*** Rome Convention established connection points that were excluded each one in order to determine the contract law. First, it will put a general principle that directed all Article 4° Rome Convention: the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. Later, presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is

characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence. Notwithstanding this general presumption, the Article 4° Rome Convention had an special presumptions to the extent that the subject matter of the contract was a right in immovable property or a right to use immovable property, and for the contracts of carriage of goods. Finally, the Article 4° Rome Convention established a last resort clause which was used when it was not possible to determine the characteristic performance, and an escape clause that was useful when the contract had closer connections with other country different to the one indicated in the points 2, 3 and 4 of Article 4° Rome Convention.

The Article 4° Rome Convention was, without any doubt, the provision that more application problems presented. This was discovered due to a greatest quantity of case law that applied in heterogeneous way such precept and the great number of contradictory doctrinal positions regarding to the correct application of this provision. The above mentioned carried to that the uniformity idea of the norms on the applicable law to the international contract in absence of choice in European Union was only an illusion because such provisions were applied in non pair way in the countries part of Rome Convention.

**429. The Article 4° of Rome Convention was a conflict of law rule devoid of predictability.** The heterogeneous interpretation of the different points of Article 4° Rome Convention made of this novelty provision, a conflict of law rule which did not designated a predictable applicable law for the parties in conflict. The main interpretative inconveniences of Article 4° of Rome Convention were focused in the scope of the closer connections rule, the nature and function of the presumptions, the determination of characteristic performance to some contracts, and the application of the

escape clause of Article 4.5 Rome Convention. The different application of precept by the judges of the members States caused that due the transformation of Rome Convention in a Regulation of European Union, it will took in order to make some modifications to Article 4° in order to finish the problems of the precept looking for the increasing of the juridical security level through the fortifying of the predictability of conflict of law rules.

**430. The Article 4° Rome I Regulation is a subsidiary provision that only is used when the main norm application fails.** Article 4° Rome I Regulation only operates when the parties of the contract has not make an efficient usage of party autonomy to designate the applicable Law. This normally happen because they can not agree in the contract law because each part tries to apply its own law. Also, can happen that the contracting consider that is not necessary to choose law due that they understand that there will not be future controversies or because the uniform conflict norm allow foresee easily the law to be applied to the contract. Also, the Article 4° Rome I Regulation operates in order to establish the Law when the parties only have made designation to a portuion of the contract or when the parties have made a non valid designation of the applicable law to the international contract.

Consequently, only in absence of a valid selection of the applicable law to the contract, will be put in operation the provisions of the Article 4° Rome I Regulation in order to determine the *lex contractus* through its four paragraphs.

**431. The analysis of the structure of article 4° allows to establish that that provision constitutes the greater distance from the**



**Rome I Regulation with respect to its predecessor the Rome Convention.** First of all, because leaves as a guiding rule of the precept to the principle of proximity, through the pursuit of closest connections. Instead it incorporates a catalogue of eight rules that determine the applicable law in a manner flexible and rigid, for eight of the contracts used in the current time of the international trade, and allowing to cover a larger number of legal relations. Secondly, because it has been moved and transformed the role that fulfilled the theory of the characteristic performance in the Rome Convention. Indeed, in Regulation no longer he operates as a presumption that specifies the closest connections rule, nor form part of the main standard of choice of applicable law. In Rome I Regulation, the characteristic performance theory plays a secondary and residual rol, because it can only operate when the contract can not be frame in any of the eight, or when it is made up of element of more than one of these contracts. Thirdly, because the exception clause has shielded to avoid the problems presented in the Convention, through the incorporation of two requirements: that the linking of the contract with another country other than the designated by paragraphs 1 and 2 of article 4 Rome I Regulation is "manifestly more closely" and that link is presented clearly. Finally, although paragraph 4 of article 4 Rome I Regulation contains the last resort clause in the same terms of the Convention, here it serves to identify the law when the applicable law cannot be determined either on the basis of the fact that the contract can be categorised as one of the specified types or as being the law of the country of habitual residence of the party required to effect the characteristic performance of the contract.

This structure of article 4 regulation Rome I, was a direct response to the multiple problems presented in the implementation of article 4 Rome Convention, and aims to the choice of law, to explore a way more accurate and agile, with a marked tendency to reduce the discretionary scope of the judge.

**432. The overall goal of the Rome I Regulation is to contribute to legal certainty in the area of Justice of the European Union, through the unification of the conflict rules. To achieve a high degree of legal certainty the conflict rules must have a high level of predictability.** The EU legislature understood that that level of predictability could be achieved by establishing provisions with a high degree of rigidity. For this reason, it ranked as first connection point eight rigid rules laying down directly applicable law in the absence of choice, eight of the most important international trade contracts, abandoning the open and flexible formulas which operated in the Rome Convention. Indeed, article 4.1 Rome I Regulation does not establish presumptions of the law applicable to international contracts, but rather determines directly and agile, which law shall regulate the legal relationship, this being a forceful solution to problems that presented the application of the presumptions in the Rome Convention.

The designation of the law applicable to these eight contracts comply with objectives previously established by the legislator: firstly aims to protect one of the parties to the contract, it is the case of sales of goods, for the provision of services, franchise and distribution contract. It is also proposed to implement the law more predictable to parties: contract relating to a right in rem in immovable property, or to a tenancy of immovable property, tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months, contract of sale of goods by auction, and contract concluded within a multilateral system.

Undoubtedly the EU legislator could not be established in a rigid manner the law applicable to international contracts. For this reason, it has chosen eight of the most important current trade contracts, and that, according to a broad interpretation, gather the largest number of legal relations of international character. While it is true that some of these contracts had no great difficulty in the identification of the characteristic performance in the Rome Convention, others if they maintained a long

polemic doctrinal and jurisprudential. Therefore, it can be concluded that the list of article 4.1 Rome I Regulation solves the different problems presented in the identification of the characteristic performer in the Rome Convention, and gives agility and clarity in those that were not too many drawbacks.

Ultimately, I should consider that the establishment of these rigid rules constitutes a breakthrough in the predictability of the law applicable, since that diminishes the discretion of the judge, that you should only assess whether his contract can catalog within one of those eight, and then apply the previously designated law. Although it is important to emphasize, that the judge now has a vital role for the proper functioning of the precept, because it should be a broad interpretation of the eight contracts, especially the contract for the provision of services, so that the greatest amount of international legal relations, designating the law applicable through the rigid rules of article 4.1 Rome I Regulation.

This undoubtedly benefits the proper functioning of the internal market, since that contractors may significantly decrease the uncertainty generated by the ignorance of the law that will govern their contract, they can adapt their commercial behaviour to a previously known laws, and ultimately evaluate *ex ante* to the risks of future litigation abroad, and all this will lead to international exchanges in the EU flow with more agility. Which is why it should be considered that the objective of increasing the predictability of the law is fully satisfied in this section. In addition, if to meet this objective, it was necessary to considerably restrict the exercise of judicial discretion, this limitation must be assumed based on achieving a high degree of certainty to strengthen the rigid designation of the applicable law.

However, it should be noted, that the qualification of these contractual types will present some difficulty, which will require a clarification of the Court of Justice of the European Union, although this work has already begun, as the Court of Justice of the European Union has been giving guidelines

interpretative for some contracts present in the list of the Art. 4.1 Regulation Rome I, on the occasion of the interpretation of the 44/ 2001 Regulation.

**433. *The rigid designation of the law applicable to international contracts of distribution in article 4.1. f, puts an end to the legal uncertainty generated under the application of the Rome Convention, providing predictability in the designation of the law in the absence of choice of party.*** The distribution agreement was one of the contracts in which the identification of the applicable law in the absence of choice under the Rome Convention represented multiple problems, since that is a legal relationship involving a heterogeneity of benefits reciprocal between the parties. The identification of the characteristic performer in the distribution contract presented serious inconveniences because there was no one jurisprudence uniform, because a sector shifted to establish characteristic provider was the grantor, other sector thought it was the distributor, and a last played this contract had no characteristic performer.

This controversy was bridged with the creation of a rigid provision to regulate the contracts for distribution in the Rome I Regulation. Article 4.1. (f) provides that the distribution contracts are governed by the law of the habitual residence of the distributor. This designation is intended to increase the legal certainty through the incorporation of an easily predictable precept by contractors. We also tried to protect the dealer considered the weak of the contractual relationship part, to appoint him that it is its own law governing the contract. On the other hand, the rigid designation of the law applicable to the contract of distribution increases legal certainty, as if such provision had not been established, the distribution contract would be governed by article 4.1. b, concerning the contract for the provision of services, and therefore, would emerge doubt as to know what both parties actually providing services.

However, although with this new precept there is an increase in predictability of the law applicable, problems also arise of qualification of the legal relationship. Indeed, under the Rome Convention the Court was responsible for analyzing different allowances carried out by the contracting parties to establish who was the characteristic performer, i.e., analysed the centre of gravity of the contract. Now, the Court should meet the legal relations that covers the definition of contract of distribution, to apply the law of the distributor directly. According to the above, apply article 4.1. (f) contracts for the exclusive commercial distribution, non-exclusive commercial distribution, film license agreement, and to the consignment contract when its economic object rests on the distribution.

Should assess positively the EU legislator has established this standard rigid for contracts of distribution, because as he could see, the jurisprudence of the Rome Convention was contradictory to acknowledge the part that carried out the characteristic performance of the contract, and being that it is a legal link of great importance in transnational trade a regulation in this regard was necessary. The rigid designation of the law for this contractual relationship, causes that the distributor can regulate all their contracts through its own law, and that the grantor of the goods knows in advance that its own law does not regulate the contractual relationship, so it can adapt to the law of the Distributor, or strive to choose the law of the contract by mutual agreement between the parties.

**434. Determination of the law applicable to the contract of franchise of rigid manner through Art. 4.1., it puts an end to the discussion on the application of the theory of the characteristic performance to this contractual relationship, and constitutes a provision with a high level of predictability for the contracting parties.** The identification of the law applicable to contracts for the franchise in the

Rome Convention - similar to the distribution contract- presented great difficulties, mainly because it is a contract where there is a balance of benefits carried out by contractors, and this hindered the establishment of the centre of gravity, in order to establish the characteristic performance of the contract. For this reason, there was a heterogeneous interpretation of how to apply the theory of the characteristic performance to this contract, where three tendencies prevailed. The first of them, understand the characteristic performance in the franchise agreement took her out the franchisor, the second, was the characteristic provider the franchisee, and finally, it was considered that this contract was not a characteristic performer.

The Rome I Regulation has solved this problem by incorporating in its article 4.1. e, a rigid rule that stipulates that the franchise agreement will be governed by the law of the habitual residence of the franchisee. In this way, the legal operator won't have to establish who is the characteristic performer, they apply directly the rule referred to in the precept. With this election, the legislator of the EU understands that the franchisee is the weak party in the contractual relationship and therefore wanted protect it by designating the law of their habitual residence as the regulator of the legal business. In this way, the serious problems of predictability of the law applicable to contracts for the franchise will solve, and it is a circumstance which must assess positively, as the franchise is a legal relationship of great success in the business world, with a high level of growth. However the contractors are now committed to another uncertainty: what legal relations are covered by the rule of article 4.1 e. As the Rome I Regulation does not provide guidelines in this area, should be understood to apply to all types of franchises without considering their level of integration, dependence or freedom of the franchisee. This interpretation is correct, and must reject that which is intended to only apply this precept to the direct relationship between franchisee and franchisor, leaving out legal relations as the master franchise

In conclusion, this provision should apply to contracts: franchise production, distribution franchise, franchise services, master franchise or main franchise and franchise corner.

**435. The characteristic performance theory enshrined in article 4.2 Rome I Regulation, is a subsidiary rule designating the law applicable to international contracts with a significant level of rigidity, which helps increase the certainty of the outcome. The reformulation of the Rome I Regulation has made of the characteristic performance theory allows solve much of the disadvantages presented under the application of the Rome Convention.** Article 4.2 Rome I Regulation has the function of establishing the law applicable to the contract when it can not operate Art. 4.1 Regulation Rome I, that is, when the contract may not quite fit within any of the list of eight, or when it is conformed by elements of more than one of these contracts. To establish the *lex contractus* Art. 4.2 Rome I Regulation incorporates the characteristic performance theory, then the residence of your provider, will be governing the international contract. Any sector of the doctrine has been expressed when you are in the presence of a contract consisting of elements of more than one of the list of eight contracts, must be determined whether there is a dominant, if so, the rigid rule for such contract should regulate the obligation, i.e. apply Art. 4.1 Rome I Regulation. This interpretation cannot be accepted, not only because own Art. 4.2 provides his application to this kind of mixed contracts, but because the Rome I Regulation has not given priority to any of those contracts to make its law governing the contract. Therefore in any case must seek the Art. 4.2 Rome I Regulation for the establishment of the law of the contract through of the characteristic performance theory.

The determination of the characteristic performance in contracts formed by elements of several contracts can lead to confusion. A doctrinal

sector understands that you must go to the characteristic of the dominant contract performance. If the contract has elements of contracts where at least one of them, its connection point is based the theory of the characteristic performance, should establish the law of the contract through the identification of the characteristic of such contractual provider. Also, if the contract is comprised of elements of contracts where their connecting factor does not correspond with the theory of the characteristic performance, should be used the article 4.4 Rome I Regulation. However these doctrinal positions, recital 19 Regulation Rome I for establish that the characteristic performance in this kind of mixed contracts, you must go to the centre of gravity of the contract. The Centre of gravity of a contract must be in the more complex performance of the contractual relationship.

The Rome I Regulation has restated the characteristic performance theory to include the concept of "center of gravity". With this new approach, may determine the law applicable through of the characteristic performance theory to unilateral contracts, it will be the only existing obligation; contracts where there is a simple exchange of things or services for money, here will be no cash obligation; mixed, complex contracts and benefits of different nature, through the establishment of its centre of gravity. The centre of gravity of the contract is established by an assessment of the various benefits carried out by contractors, discovering those that have a greater degree of complexity. Anyway, it seems that in some complex contracts that won't be easy to establish the center of gravity, requiring the active participation of the judge of the case.

In sum, Art. 4.2 Rome I Regulation has two connotations that should highlight, the first of them, it is that it is a subsidiary provision which has a fairly restricted field of activity, so a modest use can be expected. On the other hand, the rethinking the EU legislator has made of the characteristic performance theory, can, without a doubt, correct different problems presented in the implementation of the Rome Convention, as it is no longer a



presumption, but a rule, and in addition, because its scope has expanded to include the concept of the center of gravity.

The designation of the law applicable to the contract by the characteristic performance theory is reached with a high degree of stiffness when you are in the presence of contracts with an exchange simple things or services for money, because in this legal relationship, clearly characteristic provider who receives the payment. For this reason, the predictability of the law applicable to international contracts is quite high. However, when you are not in the presence of a contract with this simple transactional scheme, the judge must assess different allowances carried out by the parties, and determine the centre of gravity of the contract. For this reason, the predictability of the law applicable in these circumstances decreases every time the legal operator must weigh the totality of services carried out by the parties, and on many occasions, this assessment not may be former before.

**436. *The requirements included in the exception clause of the article 4.3 Rome I Regulation, allow solving the serious disadvantages presented in the application of the escape clause from the Rome Convention, however, it is necessary that the courts understand the exceptional character that has the article 4.3 Rome I Regulation, because in this way, the legal security of the EU will be strengthened, to identify the law applicable to the contract mainly using rigid articles 4.1 and 4.2 Rome I Regulation, and in special circumstances, a choice of law that harms to the parties to the contract, may be corrected.*** The exception clause is a provision essential within the scheme of the conflict rules, as with its flexibility, it allows an easy adaptation to the changing realities of international trade. The main function of the exception clause, is to correct the designation of the law applicable to the contract when the general provisions not related the contract with the country that is more closely

connected to the legal relationship. Thus, the exception clause replaces the choice of law made by the general rule, instead, to choose the law of the country with a greater and strong links with the contract.

The escape clause was one of the provisions which more interpretation problems presented in the implementation of Rome Convention, and led to modify not only that paragraph, but the entire structure of the Art. 4 Rome Convention. Two main interpretative aspects of the relationship of the presumption of the articles 4. 2, 3 and 4 Rome Convention and the escape clause of Art. 4.5 Rome Convention, faced doctrinal and jurisprudence. The first was the model of weak presumptions. This position provided that the judge should be, at all times, established the law of the contract through the rule of the closest connections, and therefore a secondary role attributed to the presumptions. For this reason, the judge was entitled to use the escape clause with freely moving, or even, without going to the presumptions. The second, the model of strong presumptions, argued that the judge you should always use the presumptions to establish the law of the contract, and could discard them only exceptionally, when the law designated through them, they had no real value as a connecting factor. The doctrine and jurisprudence were decanting for some of them causing legal insecurity, insofar as it affected the predictability of the law applicable to international contracts, and because many judges used as an argument to apply the law of the forum.

The Court of Justice of the European Union made a late interpretation of the escape clause of Art. 4.5 Rome Convention in the case: *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v Balkenende Oosthuizen and others*. In this judgment the Court concluded that the use of the escape clause should not be limited, only when the presumptions could identify a meaningless Law of any connecting factor. In addition, it imposes on the judge relies firstly on the assumptions, but added, that such choice of law may in any case ruled out when there is a country with a greater connection with the contract. And finally, the Court of

Justice of the European Union gives the judge the discretionary power to rule out the Presumptions and apply the rule of the closer links of the article 4.5 Rome Convention.

This decision was highly controversial, because the Court does not take into account the innumerable problems presented by the excessive application of the escape clause, and that led to the transformation of Art. 4 on the occasion of the birth of the Rome I Regulation. The Court of Justice of the European Union is to infringe of exceptional application of the escape clause, then gives the judge the power to rule out the appointment of law made by the presumptions, which undoubtedly endorses an abusive use of the clause.

The Rome I Regulation aims to solve all the problems presented with the wrong application of the escape clause in the Rome Convention. You should assess the EU legislature dismissed the idea of fully excluding the escape clause of the Art. 4 Rome Convention, as brought it the proposed Rome I Regulation, since he left a rule with excessive level of rigidity, which prevented it from adapting to the changing situations of international trade. Instead, chose to include in the third paragraph of article 4 Rome I Regulation, a exception clause limited through two requirements of great important practical, so not repeat the problems of the past. Firstly, Art. 4.3 Rome I Regulation imposes that links with the different country indicated by the general rules of the contract, must be manifestly more closely connected. This requirement highlights the exceptional nature of the precept, and use only will be held in very clear cases. For this reason, the exception clause of the Rome I Regulation only can be used when the general rules identify a law with a purely formal and apparent relationship, i.e., devoid of real value in connection with the contract. The second requirement prescribes, that the aforementioned link should detach from way clear in accordance with the circumstances of the particular case. This linkage should be easily perceived

by the legal operator, without requiring intellectual efforts for identification and valuation.

These two requirements have a high incidence of practice in the application of the exception clause, since they cause a poor use of the precept, to the only power used in very specific cases. And this is so, because the judge may not already discard the previous choice of law made by the general rules when it discovers that there is a law with a greater link with the contract, unless you check that this link is present in a notorious way and in addition, is manifestly more closely. This undoubtedly makes Art. 4.3 Rome I Regulation is a true exception clause, its use will be solely and exclusively to cases exceptional.

If it is respected the degree of exceptionality possessing Art. 4.3 Rome I Regulation, will undoubtedly strengthen legal EU security, insofar as the applicable law will have a greater degree of predictability, this being the primary objective of the transformation of the Rome Convention in a EU Regulation. However, if national judges do not attend the exceptional character of the provision, and are intended to revive the implementation of article 4.5 Rome Convention, the Court of Justice of the European Union may establish interpretive criteria to address the flawed implementation of the precept, and ensure a uniform jurisprudence.

**437. The last resort clause of the Art. 4.4 Rome I Regulation allows an approach flexible to the law of the contract, when the rigid connection points can not be of application. Therefore, although the predictability of the law applicable to the contract decreases significantly, this circumstance is fully justified.** The last resort clause is an arrangement used in the conflict rules with multiple connection points, which aims to close the cycle of the identification of the law applicable to international contracts. In the Rome Convention the last resort clause had its

application when the characteristic performance theory was ineffective, and this circumstance presented when it was impossible to establish the characteristic performer of the contract. In addition did apply, when despite his identification, could not be established in some way the residence or the seat of the characteristic provider, or when other elements essential to the operation of the presumptions not could be determined, *ad. ex.*, the place of location of the property in a lease.

The analysis of the judicial application of the last resort clause in the Rome Convention leaves as conclusion that much of the case law used clause correctly, i.e. when it failed the identification of the characteristic performer. However, there were also many judicial decisions that used the rule of the closer links of the clause closing in a wrong way, when clearly the contract had a characteristic performer. This happened mainly because the last resort clause in the Rome Convention, is directly dependent on the legal position of the Court in respect of the characteristic performance, and as such provision was not a unified interpretation, the solutions vary depending on the Court.

The last resort clause in the Rome I Regulation is regulated in article 4.4, and has operational when the contract can not be framed in one of the contractual types defined in Art. 4.1 Rome I Regulation, and when to this contract not can establish a characteristic performer according to article 4.2 Rome I Regulation, pursuant to the incorporation of the concept of centre of gravity of the contract

To identify the law applicable through of the Art. 4.4 Rome I Regulation, is used again the closest connections rule. It is important to note, that in the last resort clause do not apply requirements imposed to the exception clause, i.e., that the links are notorious and in turn, that the link with the country is manifestly closer, since the last resort clause, does not comply with the function of correcting a previous choice of law, but on the

contrary it must set directly, when the previous connection points have no application. Therefore, the judge may determine the law applicable to the contract when it considers that a country has a larger - even if it is mild - link with the contract.

As the Rome I Regulation does not bring a few parameters to evaluate the connection points to establish closer links with the contract, the doctrine has been established it is an operation that should be a posteriori, because the judge must make the valuation according to the specific case. This assessment should be through a balance of the different connections of the contract process to discover its quality and quantity. The Court must consider all the elements of the case, without making advance discards all the connecting factors are important. However, there are points of connection with a greater capacity of location as the site of the headquarters of the parties of the contract, the place of performance of the contract, the context economic contract and the flow of international trade, and the contract relationship with other contracts. While others have a reduced capacity of location, these are: class of contract, the place of conclusion of the contract, the language, the Court chosen by the contracting parties, nationality of the parties etc.

**438. *The identification flexible of the law applicable to international contracts through the rule of the closer links of articles 4.3 and 4.4 Rome I Regulation, attends to a necessary degree of flexibility throughout modern conflict rule must, to allow the adaptation of the rule of conflict to dissimilar international legal relations.*** Although the flexible connection points sacrificed the predictability of the law in an attempt to achieve a greater degree of efficiency in the choice of applicable law, this sacrifice must be assumed pursuant to achieve that the Art. 4 Rome I Regulation has a necessary degree of flexibility.

**439. The Rome I Regulation was born to the legal world with a perfectly defined overall objective: unify the provisions on the law applicable to international contracts in the EU, to ensure the legal certainty which will contribute to the proper functioning of the internal market, through the universal application of its provisions, generating a high degree of predictability of the law of the contract, as valid to build an area of freedom, security and Justice in the EU.** According to all the above, modifications in the Rome I Regulation allow to affirm that this overall objective of regulation has fulfilled since the internal market benefited from provisions on the law applicable to international contracts much more predictable than the contained in the Rome Convention. Accordingly, this work reveals that the changes made to article 4 Rome I Regulation have real capacity to solve major problems that were presented in the implementation of article 4 Rome Convention, because achieve predictability and agility with the rigid designation of the applicable law by articles 4.1 and 4.2 Rome I Regulations, through the broad interpretation of the eight most important international trade contracts, and apart from greater application that has the theory of the characteristic performance given the inclusion of the concept of center of gravity. In addition, the discretionary power of the judge to dismiss the appointment of law done by general standards through the armored exception clause is limited, and preserves the rule of closest connections as a final solution in the the last resort clause, allowing a necessary margin of flexibility in the designation of the applicable law.

Finally, as with Art. 4 regulations Rome I considerably increases the predictability of the applicable law, and to provide a homogeneous application of the precept by judges of the Member States (corrected eventually by the Court of Justice of the European Union), undoubtedly this provision increases the legal certainty of the EU, the main objective of the Rome I Regulation. In this way, it contributes to the free movement of judicial

decisions as the cornerstone for achieving an area of freedom, security and justice in the EU.



## **BIBLIOGRAFÍA**



## BIBLIOGRAFÍA

ABELLAN HONRUBIA, V. / VILÁ COSTA, B. / OLESTI, A., et al., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, IV ed., Barcelona, 2005.

ADAME GODDARD, J., "Bases doctrinales para un derecho contractual internacional" en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Madrid, 2009, pp.33-50.

AGUILAR GRIEDER, H., "Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1 nº1, 2009.

Id., "La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2010, vol. 2, nº 1, pp. 308-338.

ALDECOA LUZÁRRAGA, F. / GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.

ALONSO MARTÍNEZ, I., "Criterios jurisprudenciales sobre la indemnización por clientela en los contratos de agencia y distribución", en MOLINA DEL POZO, C. F. (dir.), *Treinta años de integración Europea*, Juruá, Lisboa, 2009, pp. 553-564.

ALONSO SOTO, R. / PÉREZ DE LA CRUZ, A. / SANCHEZ ANDRÉS, A., "Los contratos de colaboración", en MENÉNDEZ, A. / ROJO, A. (dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 8ª ed, Civitas, Navarra, 2010, pp, 707- 730

ANCEL, M.E., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002.

Id., "The Rome I regulation and distribution contracts", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 221-231.

ANGULO RODRÍGUEZ, L., "Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, 2009, pp. 281-298.

ATRILL, S., "Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of the Article 4 Jigsaw?", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, nº. 3 (Jul., 2004), pp. 549-577.

ÁVILA DE LA TORRE, A. / MORALEJO MENÉNDEZ, I., *Lecciones de Derecho de los contratos en el comercio internacional*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.

BAENA GRACIÁ, V., "Teorías y líneas de investigación en el sistema de franquicia: una revisión desde los años 60 hasta 2009", *Cuadernos de Gestión*, vol. 10. nº 2, pp. 43-66.

BALDI, R., *El Derecho de la distribución comercial en la Europa Comunitaria*, Editorial Revista de Derecho Privado, Padova, 1987.

BALLARINO, T., "La unificación de las reglas sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. La transformación en Reglamento del Convenio de Roma", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 331-344

Id., "Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I", *Rivista di diritto internazionale*, nº 1, 2009.

Id., "Il Regolamento roma I forza di legge, effetti, contenuto", *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 1 nº 1, 2009, pp. 5-18.

BALLESTEROS ROMÁN, A.J., *Comercio Exterior. Teoría y práctica*, 2ª ed., Universidad de Murcia, Murcia, 1998.

BASEDOW, J., "EC Regulations in European Private Law", en J. BASEDOW/ I MEIER, et al. (ed.), *Private Law in the international Arena*, Asser press, Hage, 2000.

Id., "La progresiva europeización del derecho contractual", *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LVI, nº 1, 2004, pp.15-32.

Id., "Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea", *Anuario español de Derecho internacional Privado*, Tomo IV, 2006, pp. 141-159.

BERMANN, G.A., "Rome I. A Comparative View ", en FERRARI, F. / LEIBLE, S., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009.

BESCO TORRES, M., *Contratos internacionales*, Ices, Madrid, 1993.

BIANCA, C. / GIARDINA, A., "Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)", *Le nuove leggi civile commentate*, 1995, pp. 901-1127.

BOGDAN, M., "Contracts in cyberspace and the new Regulation Rome I", *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 3, Issue 2 (Fall 2009), pp. 219-226.

BONOMI, A., "The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual obligations - Some General Remarks", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 165-176.

BORRÁS, A., "Derecho Internacional privado y Tratado de Ámsterdam", *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LI, nº 2, 1999, pp. 383-426.

Id., "La cooperación judicial en materia civil", en Y PEREZ DE NANCLARES, J.M. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 437-450.

Id., "La cooperación judicial civil en el espacio de libertad, seguridad y justicia", en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., et. Al. (coord.), *La presidencia*

española de la Unión Europea en 2010: Propuestas para una agenda ambiciosa, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 365- 380.

Id., "Un nuevo marco jurídico para la conclusión de convenios de derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros Estados en materias "comunitarizadas" ", *Noticias de la Unión Europea*, nº. 315, abr. 2011, pp. 119-126.

BOSCHIERO, N., "Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali", en PICONE, P. (ed.), *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Cedam, Pádova, 2004, pp. 319-420.

BOUZA VIDAL, N., "La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado", en Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M., *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 283- 306.

BRIÈRE, C., "Le droit international privé européen des contrats et la coordination des sources", *Journal du droit international*, nº. 3, 2009.

BRIGGS, A., *The Conflict of law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2011.

BUREAU, D. / MUIR WATT, H., *Droit international privé*, t. II, Partie spéciale, Thémis, Paris, 2007.

BURGOS PAVON, G. / FERNÁNDEZ IGLESIAS, M.S., *La Franquicia. Tratado práctico y jurídico*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2010.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M., "Los contratos de seguro del Art. 7 del Reglamento Roma I", *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 1 nº 2, 2009.

CAFAGGI, F. / MUIR-WATT, H., "Introduction", en CAFAGGI, F. / MUIR-WATT, H. (ed.), *Takin European private law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, pp. 1-38.

CALVO CARAVACA, A.L., "El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 21, 2003, pp. 49-69.

Id., "La norma de conflicto en el siglo XXI" en L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ et. Al (org.), *Pacis Artes Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo II, Editer Publicaciones, Madrid, 2005.

Id., "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. I, nº 2, Octubre 2009, pp. 52-133.

CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980", en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-143.

Id., "Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2001, pp. 215-237.

Id., "Contrato internacional, nueva lex mercatoria y principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales", en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., et al (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1539-1567

Id., "Ley aplicable al contrato internacional", en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 73-134.

Id., "Los contratos internacionales y el mito de la nueva lex mercatoria", en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 55-80

Id., *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ªed., Comares, Granada, 2011.

Id., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ªed., Comares, Granada, 2011.

CANEDO ARRILLAGA, M.P., "Notas breves sobre la sentencia del TJUE (sala cuarta) de 25 febrero 2010 (Car Trim: Asunto c-381/08): los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, vol. 3, nº 1, pp. 263-269

CARBALLO PIÑEIRO, L., "El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho Extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2001, pp. 483-503.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992.

Id., " Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 18, 2000. pp. 7-40.

Id., "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la Stream-Of-Commerce", en CALVO CARAVACA, A.L / BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-120.



Id., *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2004.

Id., "Globalización y Derecho Internacional privado en el siglo XXI", *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. nº 22, 2004.

Id., "La lucha por la prestación característica I: Los Contratos internacionales de Distribución", en CALVO CARAVACA, A.L. / AREAL LUDEÑA, S. (dir.), *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 349-370.

Id., "La lucha por la prestación característica II. Los contratos Internacionales de Edición", en CALVO CARAVACA, A.L. / AREAL LUDEÑA, S. (dir.), *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 371-382.

Id., "Configuración básica del contrato internacional", en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (dir.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 73-134.

Id., "Apuntes sobre la competencia judicial internacional y ley aplicable a las donaciones: antes y después del Reglamento Roma I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2009, vol. 1, nº 2, pp. 320-327.

Id., *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009.

Id., *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011.

CARRILLO POZO, L.F., *El contrato internacional: La prestación característica*, Real Colegio de España, Bolonia, 1994.

Id., " Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis través de la jurisprudencia", *Revista del Poder judicial*, nº 74, parte Estudios, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

Id., "Ante la revisión del Art. 4 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., et. Al (org.), *Pacis Artes Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo II, Editer Publicaciones, Madrid, 2005.

Id., "Rigor Mortis. (La ley al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980)," en DI FILIPO, M., et. Al. (coord.), *Hacia un Derecho Conflictual europeo: Realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 11-42.

CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1971.

CASTELLANOS RUIZ, E., "Autonomía conflictual y contratos internacionales: Algunas reflexiones", en CALVO CARAVACA, A.L. / AREAL LUDEÑA, S. (dir.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 425-47

Id., "Compraventa internacional", en CALVO CARAVACA, A.L. / AREAL LUDEÑA, S., *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 191-306.

Id., "El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles: Balance de 15 años de vigencia", en CALVO CARAVACA, A.L. / CASTELLANOS RUIZ, E., *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 121-188.

Id., *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Madrid, Comares, 2009.

Id., "Las normas de derecho internacional privado sobre consumidores en la ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la

información y de comercio electrónico", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2009, vol. 1, nº 2, pp. 134-159.

CAYE, P., *The new private international law of contract of the european community*, London, Dartmouth, 1993.

CHICHARRO LÁZARO, A., "El Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo: los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil", *Revista Electrónica de estudios internacionales*, nº 20, 2010.

CHUAH, J.C., *Law of International Trade: Cross-Border Commercial Transactions*, IV ed., Sweet & Maxwell, London, 2009.

CHULIA VICENT, E. / BELTRAN ALANDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos I*, J.M. Bosh editor, Barcelona, 1992.

CLAVEL, S., "The regulatory function of choice of law rules applying to contracts for services in the European Union", en CAFAGGI, F. / MUIR-WATT, H., *The regulatory function of European Private Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 62- 87.

COLLIER, J.G., *Conflict of Law*, III ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

COLLINS, L. (ed.), *Dicey and Morris on the conflict of laws*, 13<sup>o</sup> ed, vol. II, Sweet and Maxwell, London, 2000.

Id., *Dicey and Morris on the conflict of laws*, 14<sup>o</sup> ed, vol. II, Sweet and Maxwell, London, 2006.

CORDERO MOSS, G., "Performance of obligation as de Basis of jurisdiction and choice of law (Lugano and Brussels Conventions Article 5.1 and Rome Convention Article 4)", *Nordic Journal of International Law*, vol. 68, Issue 4 (1999), pp. 379-396.

CROMIE, S., *International commercial litigation*, II ed, Butterworths, London, 1997.

DÁVALOS FERNÁNDEZ, R., "La regulación jurídica del contrato internacional", *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, nº 16 (2003), pp. 11-64.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., "Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980", *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, la ley*, 1995, pp. 1-7, versión *on line*.

Id., "Integración Europea y Derecho Internacional Privado", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, nº 2, pp. 413-445, versión *online*.

Id., "La evolución del Derecho Internacional Privado Comunitario en el Tratado de Ámsterdam", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, 1998, nº 1, pp. 373-376, versión *online*.

Id., *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, 2ª ed., Civitas, Madrid 2000.

Id., "Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 199-219. DICKINSON, A., "Third-country mandatory rules in the law applicable to contractual obligations: so long, farewell, auf wiedersehen, adieu?", *Journal of private international law*, vol. 3, nº 1, April 2007.

DESKOSKI, T., "The new Macedonian private international law act of 2007", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 441-458.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., "Los contratos de distribución: Agencia mercantil y distribución comercial", en CALVO CARAVACA, A.L. /

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (dir.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1275- 1384.

Id., "El contrato de franquicia", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.), *Contratos mercantiles*, 2ª ed, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pp.494- 555.

DURAN YAGO, A., "Contratos internacionales de distribución", en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 413-440.

DUTOIT, B., "The Rome Convention on the Choice of Law for contracts", en B.V. HOFFMANN (ed.), *European Private International Law, Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 1998, pp. 40 y ss.

EDITORIAL COMMENTS, "One way to a Rome I Regulation", *Common Market law review*, vol. 43, 2006, pp. 913-922.

ESPINAR VICENTE, J.M., *Ensayos sobre teoría general del Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1997.

Id., *Teoría general del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Alcalá, Alcalá, 2000.

Id., *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2008.

ESPLUGUES MOTA, C. / IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ESPLUGUES MOTA, C. / MORENO RODRÍGUEZ, J. A., "La contratación internacional: Régimen general", en ESPLUGUES MOTA, C. / HARGAIN, D. (coord.), *Derecho del comercio internacional*, Reus, Madrid 2005, pp. 281-344.

FALLON, M., "Un 'Restatement' européen du droit des conflits de lois en matière de contrats: la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Assuntos Europeus*, 1984, núm.2, pp. 155-181.

Id., "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l'expérience de la Communauté européenne", *Recueil Des Cours*, t. 253, 1995, pp. 9-282.

Id., "Approche systémique de l'applicabilité dans l'espace de Bruxelles I et de Rome I", en MEEUSE, J., *Enforcement of international contracts in the European Union: convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Antwerp, 2004, pp. 127-174.

Id., "La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, nº 2, 2004, pp. 821-835.

Id., "Libertés communautaires et règles de conflit de lois", en, FUCHS, A. / MUIR WATT, H. / PATAUT, E. (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 32- 80.

Id., "Les projets européens en matière de conflits de lois: une mise en contexte", *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, nº 4, 2006, pp. 503-47.

Id., "La relación del Reglamento "Roma II" con otras normas de conflicto de leyes", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VII, 2007, pp. 187-217.

FAWCETT, J.J., "A United Kingdom Perspective on the Rome I Regulation", en BOSCHIERO, N., *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, G. Giappichelli, Torino, 2009, pp. 191- 224.

FAWCETT, J.J. / CARRUTHERS, J.M. / NORTH, P., *Private International Law*, 14 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008.

FAWCETT, J.J. / TORREMANS, P., *Intellectual property and private international law*, 2ª ed, Oxford University Press, New York, 2011

FENTIMAN, R., "Choice of law in Europe: Uniformity and Integration", *Tulane Law Review*, vol. 82, Issue 5 (May 2008), pp. 2021-2052.

Id., *International commercial litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo", en IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol.4, Madrid, 1996, pp. 5209- 5237.

Id., "El Derecho del comercio internacional en el entorno de la globalización", *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, nº 5, 2000, pp. 161-230

Id., *Ius mercatorum. Autoregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Colegios notariales de España, Madrid, 2003.

Id., "Comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales", *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, pp. 595-616.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., / ARENAS GARCÍA, R. / DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los negocios internacionales*, 1ª ed, Iustel, 2007.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., / SANCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009.

FONT I MAS, M., "La noción de la "residencia habitual" de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas en Roma I y la ausencia de coordinación con el Reglamento Bruselas I," en BOSCH CAPDEVILA E. (dir.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Madrid, 2009, pp. 133-148.

FONT I SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2007.

FORNER DELAYGUA, J.J., "Ley aplicable a los contratos internacionales", en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Madrid, 2009, pp. 51-84.

FRANCQ, S., "Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journal du droit international* (Clunet), 2009, pp. 41-69

FRANZINA, P., "Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual", *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 1, nº 1, 2009, pp. 92-101.

FUENTES CAMACHO, V., "Los contratos internacionales de franquicia y el DIPr.: Una aproximación en clave de "acceso"", *Anuario español de Derecho internacional privado*, Tomo I, 2001, pp.117-141.

FUGARDO ESTIVILL, J.M., *El Reglamento (CE) número 593/2008 del parlamento Europeo y del consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, Consejo general del notariado, Madrid, 2010.

GARCÍA GUTIERREZ, L., "Franchise contracts and the Rome I Regulation on the law applicable to international contracts", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 233-244.



Id., "Los contratos de franquicia internacional", *Revista de derecho mercantil*, nº 275, 2010, pp. 249-281.

GARCÍA VÁZQUEZ, S., "La franquicia y el derecho de la competencia", en ORTÍZ BLANCO, L. / SOPEÑA BLANCO, V., *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2000, pp. 113-140.

GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

Id., "El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

GAUDEMET-TALLON, H., "Le principe de proximité dans le Règlement Rome I", *Revue hellénique de droit international*, 2008.

GIARDINA, A., "Norme di conflitto, norme uniforme e diritto del commercio internazionale", en M. MELI, *L'armonizzazione del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 125-134.

GILLIES, L.G., "Choice-of-law rules for electronic consumer contracts: replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation," *Journal of Private International Law*, vol. 3, Issue 1 (April 2007), pp. 89-112.

GIULIANO, M. / LAGARDE, P., "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", en IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol.4, Madrid, 1996, pp. 5239-5270.

Id., "El desarrollo del Derecho Internacional Privado: Sus tendencias actuales y la reforma del sistema español", en IRIARTE ÁNGEL, J.L.

(coord.), *Propiedad y Derecho Internacional*, Fundación Registral, Madrid, 2007.

GROUPE EUROPEEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE  
EUROPEAN GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, Treizième réunion Vienne, 19-21 septembre 2003.

GUARDIONA SACARRENA, E., *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Bosh, Barcelona, 1998.

GUILLEN LARREA, M.V., "El contrato de franquicia", *Distribución y consumo*, nº 23, 1995, versión *online*.

GULDING, P. / VINALL, M., "The English approach to jurisdiction and choice of law in employment covenants not to compete", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 31, Issue 2 (Winter 2010), pp. 375-388.

GUZMÁN ZAPATER, M., "Las obligaciones contractuales", en A.P. ABARCA JUNCO (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 2ª ed., Colex, Madrid, 2004, pp. 291-333.

Id., *Sociedad internacional y Derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas*, Colex, Madrid, 2006.

Id., "El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo", *Aranzadi Civil*, nº 12, 2009, versión *on line*.

Id., "Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?", *Diario La Ley*, nº 7479, Sección Doctrina, 30 Sep. 2010, Año XXXI, versión *online*.

HARRIS, J., "Contractual freedom in the conflict of law", *Oxford journal of legal studies*, vol. 20, nº 2, 2000.

Id., "Mandatory rules and public policy under the Rome I Regulation", en F. FERRARI/S. LEIBLE, *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 269- 342. HERNANDEZ RODRÍGUEZ, A., "El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto Intercontainer Interfrigo y su repercusión en el Reglamento Roma I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, vol. 3, nº 1, pp. 302-315.

HARTLEY, T.C., *International commercial litigation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Id., "Choice of law regarding the voluntary assignment of contractual obligations under the Rome I Regulation", *International & Comparative Law Quarterly*, 2011, nº 60 (1), pp. 29-56, versión *online*.

HAYWARD, R., *Conflict of Law*, 4ª ed., Cavendish, London, 2006.

HELLNER, M., "Third country overriding mandatory rules in the Rome I regulation: old wine in new bottles?", *Private International Law*, vol. 5 nº. 3 (December 2009), pp. 447-70.

HERNÁNDEZ MUÑOZ, L., *Los riesgos y su cobertura en el comercio internacional*, FC Editorial, Madrid, 2003.

HILL, J., "Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, No. 2 (Apr., 2004), pp. 325-350.

HILL, J. / CHONG, A., *International commercial disputes*, IV ed., Hart Publishing, Oxford, 2010.

IORIO FIORELLI, G., "Contratti internazionali di distribuzione: problemi di legge applicabile e di giurisdizione", *Rivista di diritto*

*internazionale privato e processuale*, Padova, a.43 n° 3 (Luglio-Settembre 2007), pp. 633-656.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., *Lecciones de Derecho mercantil*, 14 ed., Tecnos, Madrid, 2010.

JUANEDA, G., "Algunas reflexiones en torno a la estructura de la norma de conflicto", en MEDINA, M. / MESA, R. / MARIÑO, P. (coord.), *Pensamiento jurídico y sociedad internacional*, vol. I, *Centro de estudios constitucionales*, Madrid, 1986, pp. 429-448.

KENFACK, H., "Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ('Rome I'), navire stable aux instruments efficaces de navigation?", *JDI Clunet*, 136, n°1, 2009, pp. 3-39.

KRAUSKOPF, P.L. / TKACIKOVA, A., "Competition law violations and private enforcement: forum shopping strategies", *Global Competition Litigation Review*, 2011, n° 4(1), pp. 26-38, versión *online*.

LAGARDE, P., "The European Convention on the law applicable to contractual obligations: An apologia", *Virginia Journal of International Law*, vol. 22 -1, 1981-1982, pp. 91-104.

Id., "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 287-340.

Id., "Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)", *Rev. Crit. DIP*, 2006, pp. 331-349.

Id., "Introduction. Considérations de méthode", en BOSCHIERO, N., *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, G. Giappichelli, Torino, 2009.

LAGARDE, P. / TENENBAUM, A., "De la convention de Rome au règlement Rome I", *Revue critique de droit international privé*, vol. 97, nº 4, 2008, pp. 727-780.

LANDO, O., "The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *Common Market Law Review*, nº 24, 1987, pp. 159-204.

LANDO, O. / NIELSEN, P.A., The Rome I Proposal, *Journal of private international law*, April 2007, pp. 29-51.

Id., "The Rome I Regulation", *Common Market Law Review*, nº 45, 2008, pp. 1687-1725.

LARSON, C.M.V. / HILL, J., *The conflict of laws*, 3ª ed., Oxford University press, Oxford, 2006.

LEIBLE, S., " La propuesta para un Reglamento "Roma I" Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº. 6, 2006, Iprolex, Madrid, 2006, pp. 541-568.

Id., "Vías para la unificación del Derecho privado europeo", *Anuario de Derecho civil*, nº LIX-4, Octubre 2006, pp. 1590-1690.

LEIN, E., "The New Rome I/Rome II/ Brussels Synergy", *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 177-198.

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, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654 final.

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., "La propuesta comunitaria de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Una primera aproximación", en CANEDO ARRILLAGA, M.P. (coord.),

---

*Diversas implicaciones del Derecho transnacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 331-366.

Id., "Ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I", *Cuadernos de Derecho trasnacional*, vol. 1 nº 2, 2009.

LÓPEZ-RODRÍGUEZ, A.M., "The revision of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations -A crucial rol within the European contract law project?", *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, Issue 3 (2003), pp. 341-368.

MAGNUS, U., "Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice", en FERRARI, F. / LEIBLE, S., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 27-50.

MARIN LÓPEZ, A., et al., *Derecho Internacional Privado Español*, vol. II, 7ª ed., Granada, Granada, 1991.

MARTINY, D., "Traditional private and comercial law rules under the pressure of global transactions: The role for an international order", en APPELBAUM, R. P. / FELSTINER, W. / GESSNER, V., *Rules and networks. The legal culture of global business transactions*, Hart publishing, Oxford, 2001, pp. 123-158.

MARTINY, D., "Bestimmung des Vertragsstatus", en REITHMANN, C. / MARTINY, D. (ed.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der chuldverträge*, 6ª ed., Köln, 2004, pp. 1-190.

MARTINY, D., "The applicable law to contracts in the absence of choice (Art. 4 Rome Convention)-Old Problems and new dilemmas", en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Estudios sobre contratación Internacional*, Colex, 2006, Madrid, pp. 11-26.

MASEDA RODRÍGUEZ, J., *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000.

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. Versión *online*.

MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia*, 2ª ed, Comares, Granada, 2007.

MCELEAVY, P., "Codification of Private International Law: The Belgian Experience", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, April 2005, pp. 499-519.

McGUINNESS, G. M., "The Rome Convention: The contracting parties' Choice", *San Diego Int'l L.J.*, vol. 1, 127, 2000.

MEEUSEN, J. / PERTEGÁS, M. / STRAETMANS, G., "General Reports", en MEEUSEN, J. / PERTEGÁS, M. / STRAETMANS, G., (Ed.), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Oxford, 2004, pp. 1- 20.

MERKIN, R., "The Rome I Regulation and reinsurance", *Journal of Private International Law* , vol. 5, nº1, April 2009, pp. 69-84, versión *online*.

MERRET, L., "Choice of law in insurance contracts under the Rome I Regulation", *Journal of Private International Law*, vol. 5, nº. 1, (April 2009), pp. 49-67, version *online*.

MIAJA DE LA MUELA, A., "Cuestiones referentes a la norma de conflicto. El reenvío", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXI, 1980, versión online.

MICHAELS, R., "The New European Choice-of-Law Revolution", *Tulane Law Review*, vol. 28, nº 5, May 2008, pp. 1607-1644.

Ministry of Justice: Guidance on the law applicable to contractual obligations (Rome I): Outline of the main provisions (February 2010).

MORCE, C.G.J., "Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, No. 1 (Jan., 1992), pp. 1-21.

MORRIS, J.H., *The conflict of Law*, VII ed, Sweet & Maxwell, London, 2009.

MOURA VICENTE, D., "Perspectivas de la armonización y unificación internacional del Derecho privado en una época de globalización de la economía" en CALVO CARAVACA, A.L. / CASTELLANOS RUIZ, E., *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 401-420.

MUIR WATT, H., "Choice of law in integrated and interconnected markets: a matter of political economy", *Colum. J. Eur.*, nº 9, 2002-2003, pp. 383-409.

Id., "European integration, legal diversity and the conflict of laws", *Edinburgh L.*, nº. 6, vol. 9, 2004-2005, pp. 6-31.

Id., "Remarques liminaires sur l'espace européen en matière civile et commerciale", en A. M. LEROYER/ E. JEULAND, *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen?*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 1-9.



Id., "Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance", *European Review of Contract Law*, nº 3, 2010, pp. 250-283.

MUIR WATT, H. / RADICATI DI BROZOLO, L. G., "Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World", *International Law FORUM du Droit International*, Mayo 2004, vol. 6 , Issue 2, pp. 90-96.

NEELS, J.L., "Revision of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980): Perspectives from international commercial and financial law", *Journal of South African Law*, vol. 2006, Issue 1 (2006), pp. 121-134.

O'BRIEN, J., *Conflict of Law*, II ed., Cavendish Publishing Limited, London, 1999.

ORTÍZ VIDAL, M.D., "Espacio judicial Europeo y Tratado de Lisboa: Hacia un nuevo Derecho Internacional Privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2010), vol. 2, nº 1, pp. 376-402.

PALAO MORENO, G., et al., *Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PARISH, M., "The proper law of an arbitration agreement", *Arbitration*, 2010, 76(4), pp. 661-679, versión *online*.

PARRA RODRÍGUEZ, C., *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, J.M Bosh Editor, Barcelona, 2001.

PAUKNEROVA, M., *Private international law in the Czech Republic*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2011

PELÁEZ MARÓN, J.M., *Lecciones de Instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2000.

PELLISÉ DE URQUIZA, C., *Los contratos de distribución comercial. Problemas de Derecho Internacional privado de la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1999.

PÉREZ VERA, E., et al, *Derecho Internacional Privado*, vol. II. Madrid, Colex, 2001.

PICONE, P., "La riforma italiana del diritto internazionale privato", *Revista española de Derecho internacional*, vol. 48, nº 1, 1996, pp. 9-38.

Id., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1998.

Id., "Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti", en PICONE P. (ed.), *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Cedam, Pádova, 2004, pp. 485-525.

PLENDER, R., *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the choice of law for contracts*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2001.

PLENDER, R. / WILDERSPIN, M., *The European Private International Law of Obligations*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2009.

POCAR, F., "Some remarks on the relationship between the Rome I and the Brussels I Regulations", en FERRARI, F. / LEIBLE, S., *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier. European Law Publishers, Munich, 2009.

PRATS ALBENTOSA, L., "El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales" *Diario La Ley*, nº 6978, Sección Tribuna, 30 de junio de 2008, versión *on line*.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15.12.2005 COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD).

QUIÑONEZ ESCÁMEZ, A., "Concepto de "vínculo estrecho", en las directivas de consumo: repercusiones de la STJCE (AS. 70/03, Comisión c España) en las leyes nacionales y en la propuesta de reglamento "Roma I"(2005)", en, CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (dir.) *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 476 y ss.

Id., A., "Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento "Roma I" de 15.12.2005" *InDret*, nº3/2006, Barcelona, Julio de 2006, versión *on line*.

RAUSCHER, T., *Europäisches zivilprozess- und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR: kommentar: Rom I-VO, Rom II-VO*, Sellier, München, 2011.

RICH, B., "Case Comment: Gorjat v Gorjat - identifying the "true issue" in private international law", *Private Client Business*, 2011, nº1, pp. 12-19.

RIGAUX, F. / FALLON, M., *Droit international privé*, 3ª ed., De Boeck & Larcier, Bruxelles, 2005.

ROCA AYMAR, J.L., *Contratación Internacional*, Crisa, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ BENOT, A., "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: Balance y perspectivas de futuro", en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 497-534.

Id., "La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y de sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2009, vol. 1, nº 1, pp. 112-130.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J., *Régimen jurídico de la abogacía internacional*, Comares, Granada, 2003.

Id., "Contratos internacionales de asociación y colaboración", en CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 505-530.

ROSS WILLIAMS, P., "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, No. 1 (Jan., 1986), pp. 1-31.

RÜHL, G., "Contractual Obligations in European Private International Law", en BASEDOW, J. / HOPT, K. / ZIMMERMANN, R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 34ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011.

SÁNCHEZ LORENZO, S., "La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado", en PALAO, G. / PRATS, L. / REYES, M.J. (coord.), *Derecho patrimonial europeo*, Thomson-Aranzadi, Cizu Menor (Navarra), 2003, pp. 363-381.

SCHNITZER, A.F., "La loi applicable au contrat", *Rev. Crit. DIP*, 1955, pp. 459-484.

SERRANO GARCÍA, M. J., *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales: la conversión del Convenio de Bruselas y del Convenio de Roma en Reglamentos Comunitarios*, Reus, Madrid, 2011.

SIEHR, K., "European private international law and non-european countries", en BORCHERS, P.J. / ZEKOLL, J., (Ed.), *International conflict of laws for the third millennium*, Transnational Publishers, New York, 2000, pp. 289-300.

SIEMS, M.M. / HERZOG, L. / ROSENHAGER, E., "The protection of creditors of a European private company (SPE)", *European Business Organization Law Review*, nº 12(1), 2011, pp. 147-172, versión online.

SOLOMON, D., "The international law of contracts in Europe: Advances and Retreats", *Tulane Law Review*, vol. 82, Issue 5 (May 2008), pp. 1709-1740.

STOLZ, M. / DARVY, T.J., "Choice of law in EE States under the Convention of Rome described in terms of german law: A practitioner's view", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 21, Issue 3 (Spring 2000), pp. 543-566.

STONE, P., *The Conflict of Laws*, Longman, London, 1994.

STRUYCKEN, V.M., "Private Law Contracts to which the European Community is Party", en EINHORN, T./ SIEHR, K. (ed.), *Intercontinental Cooperation Through Private International Law*, TMC Asser Press, The Hage, 2004.

TRESPALACIOS, J.A. / IGLESIAS, V. / FERNÁNDEZ POLANCO, J.M., *Comprar en Europa. Distribución comercial y conducta de los consumidores*, Síntesis, Madrid, 2001.

UBERTAZZI, B., *Il regolamento roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, Giuffrè, 2008.

VEGA PENICHET, L., "El contrato de franquicia de distribución en la Comunidad Económica Europea: análisis desde la perspectiva de la libre competencia", *Revista de estudios e investigación de las Comunidades Europeas*, nº. 5, mayo-septiembre 1988, pp. 322-329.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 21ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

VILLANI, U., "La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti", en BOSCHIERO, N., *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, G. Giappichelli, Torino, 2009.

Id., "Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione di Roma al regolamento 'Roma I' sulla legge applicabile ai contratti", *Studi sulla integrazione europea*, nº 3, 2010, Septiembre 2010, pp. 577-296.

VIRGOS SORIANO, M., "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", en GARCÍA, E. / GONZÁLEZ, J. / MUÑOZ, S. (dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753- 825

Id., "La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Noticias CEE*, nº 61, febrero de 1990, pp. 83-84.

Id., "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato", en IGLESIAS PRADA, J.L. (coord), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol.4, Madrid, 1996, pp. 5289-5309.

VIRGOS SORIANO, M., / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., "Estado de origen vs. Estado de destino", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, num 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20.

VISCHER, F., "The concept of the characteristic performance Reviewed", *Liber amicorum G. A. L. Droz, Kluwer Law Int*, The Hague, 1996.

WILDERSPIN, M., "Le contrat. Les perspectives d'une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", en, FUCHS, A. / MUIR WATT, H. / PATAUT, E., (dir.) *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 173- 183.

Id., "The Rome I Regulation: Communitarisation and modernisation of the Rome Convention", *Era-Forum*, vol. 9, n° 2, 2008, pp. 259-274.

YÜKSEL, B., "The relevance of the Rome I Regulation to international commercial arbitration in the European Union", *Journal of Private International Law*, vol. 7, n°1, April 2011, pp. 149-78.

ZHENG, T., "Law applicable in the absence of choice- The New Article 4 of the Rome I Regulation", *Modern Law Review*, vol. 71, issue 5 (September 2008) pp. 785-800.





## **JURISPRUDENCIA**



## **JURISPRUDENCIA**

### **UNIÓN EUROPEA**

Conclusiones del abogado general Sr. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

STJCE (Sala Cuarta) de 23 de abril de 2009. Asunto C-533/07, Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch contra Gisela Weller-Lindhorst.

STJCE (Sala Quinta) de 9 de noviembre de 2000. Asunto C-381/98: Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.

STJCE Asunto 1986\34, Pronuptia de París GmbH, Frankfurt am Main vs Pronuptia de París Irmgard Scinllgalis Hamburg.

STJCE (Gran Sala), sentencia de 6 octubre 2009. Caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen y otros.

STJCE (Gran Sala), sentencia de 15 marzo 2011. Caso Heiko Koelzsch contra Duché de Luxembourg.

### **ESPAÑA**

AP, Álava, de 10 abril de 2006

AP, Madrid, de 4 de julio de 2009

SAP, Almeria, de 1 de julio de 2002

SAP, Barcelona, de 7 de junio de 1999

SAP, Barcelona, de 28 de abril de 2000

SAP, Barcelona, de 19 de noviembre de 2002

SAP, Barcelona, de 21 de marzo de 2003

SAP, Barcelona, de 21 de julio de 2006

SAP, Bizkaia, de 11 de octubre de 2006

SAP, Granada, 2 de marzo de 2000

SAP, Madrid, de 22 de octubre de 2002

SAP, Madrid, de 3 de mayo de 2006

SAP, Murcia, de 18 de junio de 2001

SAP, Murcia, de 18 de marzo de 2010

SAP, Navarra, de 16 de noviembre de 2001

SAP, Pontevedra, 10 de julio de 2008

SAP, Santa Cruz de Tenerife, 15 de noviembre de 2002

SAP, Tarragona, de 23 de octubre de 2004

SAP, Vizcaya, de 5 de noviembre de 2003

SAP, Zaragoza, de 8 de noviembre de 2006

SJM, 1 Bilbao, de 31 de octubre de 2007

SJM, 7 Madrid, 9 febrero de 2007

SJPI, San Cristobal de la Laguna, de 23 de octubre de 2007

STS, Civil de 19 de febrero de 1993

STS, Civil de 8 noviembre 990/1995, RJ 1995\8637

STS, Civil de 27 septiembre 1996, RJ 1996\6646

STS, Civil de 14 de febrero de 1997, RJ 1997 /1418

STS, Civil de 4 de marzo de 1997

STS, Civil de 17 mayo, 428/1999, RJ 1999\4046

STS, Civil de 16 noviembre, 1053/2000, RJ 2000\9339

STS, Civil, de 28 enero, 28/2002, RJ 2002\2305

STS, Civil, de 3 de julio de 2003

STS, Civil, de 9 febrero, 43/2004, RJ 2004\1189

STS, Civil, de 8 de abril de 2005

STS, Civil, de 16 diciembre, 1009/2005, RJ 2006\155

STS, Social, de 29 de septiembre de 1998

STS, Social, de 20 de noviembre de 1998

STS, Social, de 14 de mayo de 2003

STS, Social, de 9 de junio de 2003

STS, Social, de 17 de enero de 2005

STSJ, Canarias, de 7 marzo de 2005

STSJ, Madrid, de 7 de octubre de 1999

STSJ, Madrid de 14 de septiembre de 2000

STSJ, Madrid, de 13 de junio de 2003

STSJ, Madrid, de 18 de julio de 2005

STSJ, Madrid, de 14 de mayo de 2007

## **BÉLGICA**

Appellate court of Antwerp, April 12 2002, AD v. BVf

Belgian Court Liege Labour Court, 19 January 2005. P v. J

Brussels civil Tribunal, 8th chamber, March 172000, Lyonnaise de Banque v. Delhambre

Cour de cassation de Belgique Antwerpia du 24 février 1938

## **DINAMARCA**

1st Mover APS v. Direct Hedge SA Before the Østre Landesrets (Eastern Court of Appeal, Denmark) 7 March 2002 [2003] I.L.Pr. 31

## **ESCOCIA**

Caledonia Subsea Ltd v. Microperi Srl No 4 First Division 12 July 2002 2003 S.C. 70 Lord Hamilton 12 July 2002

William Grant & Sons International Ltd v. Marie Brizard Espana SA Court of Session (Outer House) 19 January 1998

## **FRANCIA**

C. Paris, February 19 2002, Horphag Research v. Van Hoegaerden

C. Paris, 5 th. ch .B, 30 September 2004, WS Parfums v. SAS Parfums Nina Ricc

CA Aix en Provence, 21 September 2006, BD Sports & Consulting v. Deansworld Corporation

CA Colmar, 16 March 2006, Schwartzkopf Henkel Production Europe v. Soprema

CA Lyon, September 25, 2008, Werner Koch Maschinentechnil v Moditec

CA Paris, February 20, 2008, Orthogese v. Stratec Medical

CA Pau, 17 mars 2008, Trans Aquitaine Service c / X

Cass. Civ., Juill. 6 de 1959 Fourrures Renel

Cass. Civ. I, December 9 de 2003, Generali France v. Ten Tours

Cass. Civ. I, November 25 de 2003, Ammann-Yanmar v. Swaans BVA

Cass. Civ. I, Mayo 31 de 2005. Pourcet v. Decoville

Cass. Civ. I, Mayo 22 de 2007, X. v. Royal Skandia

Cass. Com., March 4, 2003, Hapag lloyd Container Linie v. La Reunion europeenne.

Cass. Com., December 19, 2006, Danzas v. Tapiola

Cass. Com., December 1, 2009, DGT services v. Zurich Insurace Ireland

Cass. Com., Marzo 24, 2004, Transportes Co / Lomb Muret Auto v. Pannini France

Cass. Com., October 19, 2010, Société JFA Chantier naval v. Société Kerstholt VOF.

Cass. Soc., March 23 de 2005, X v. EFRD

Cass. Soc., Novembre de 2005 B, Soc. Q. Invertir v. M. X

Cass. Soc. April 25 de 2007, X v. City of Charleroi

Cass. Soc., September 26, 2007, X. v. Sacinter

Cour de Cassation (1 re Ch. Ci v.) - 25 novembre 2003.

Cour de Cassation (Ch. corn.). - 4 mars 2003.

Cour de Cassation (Ch. corn.). - 14 janvier 2004.

Cour de Cassation (Ch. soc.) .- 12 novembre 2002.

Court of Appeal of Colmar, 18 February 2004, Raspiller v. Eurohypo

Grenoble, corn, November 28 2002, AZ Industrie v. Entreprise Optelec v. Modtronics, [2003] 1L Pr 4.

Supreme Court, Cass. Soc., 23 November 2005, X v. Lucas Diesel

Tribunal de Grande Instance, Paris, in S v. K and ors, 3 Feb. 1982, D. 1983 J. 146

Versailles Court of appeal, 12th ch., 2 nd sect., 16 September 2004, SARL Ecco France v. SARL Ecco France Diffusion

## **GRECIA**

Court of Appeal of Piraeus 342/2007

Court of Appeal of Piraeus 475/2007

Court of Appeal of Piraeus 566/2007

Multi-members Court of first instante of Piraeus 3496/2007

## **INGLATERRA**

American Motorists Insurance Co (AMICO) v. Cellstar Corp Court of Appeal (Civil Division) 04 March 2003



Amin Rasheed Corpn v. Kuwait Insurance Co. [1984] AC 50, 61.

Apple Corps Ltd v. Apple Computer Inc Chancery Division 07 April 2004, [2004] EWHC 768 (Ch);

Ark Therapeutics Plc v. True North Capital Ltd Case No: 2004 Folio 730 High Court of Justice Queens Bench Division Commercial Court 20 July 2005 [2005] EWHC 1585 (Comm) 2005 WL 3463902

Armstrong International Limited v. Deutsche Bank Securities Inc HQ03X01032 High Court of Justice Queen's Bench Division 11 July 2003 2003 WL 21491996

Bank of Baroda v. Vysya Bank Ltd Queen's Bench Division (Commercial Court) 13 December 1993, [1994] 2 Lloyd's Rep. 87

Bata v. Beugro (Hof. Leeuwaarden) N J. 1984 No.745,2663

Bonython v. Commonwealth of Australia [1951] A.C. 201

British Arab Commercial Bank Plc v. Bank of Communications Queen's Bench Division (Commercial Court) 17 February 2011, [2011] EWHC 281 (Comm)

Coast Lines Ltd v. Hudig and Veder Chartering NV [1972]2 QB 34)

Court of Appeal, Civil division, December 212001, Samcrete Egypt Engineers v. Land Rover Expor

Court of Appeal, Civil division, June 28 2002, Ennstone building products v. Stranger

Definitely Maybe (Touring) Ltda. v. Marek Lieberberg Konzertagentur GMBH [2001] 1 WLR 1745.

England and Wales Court of Appeal Civil Division, 27 April 2005, PT Pan Indonesia Ltd Tbk v. Marconi Communications, 1nl. Ltd.

High Court of Justice. Chancery Division. 25 May 2005, Ultra Motorhomes International v. Ultra Vehicles & Behlke Electronic (2005) EWHC 872 (Ch

High Court Queen's Bench division, March 15 2002, American Motorists Insurance v. Cellstar

Kenburn Waste Management Ltd v. Bergmann Court of Appeal (Civil Division) 30 January 2002 [2002] EWCA Civ 98

Mirchandani v. Somaia Chancery Division 23 February 2001 [2001] WL 239782

Ophthalmic Innovations International (United Kingdom) Limited v. Ophthalmic Innovations International Incorporated (A company incorporated in Delaware USA) HC 04 C 02071 High Court of Justice Chancery Division 16 December 2004 Neutral Citation No: [2004] EWHC 2948 Ch 2004 WL 3111427

Print Concept GmbH v. G.E.W. (EC) Limited [2001] EWCA CIV 352 Court of Appeal (Civil Division) 2 March 2001 2001 WL 239668

Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v. Land Rover Exports Ltd Court of Appeal (Civil Division) 21 December 2001 Case Analysis [2001] EWCA Civ 2019

Sierra Leone Telecommunications Co Ltd v. Barclays Bank plc. Queen's Bench Division (Commercial Court) 6 February 1998 [1998] C.L.C. 501

The English Queen's Bench Division (QBD (Comm), Base Metal Trading c. Shamurin)

## **ITALIA**

Corte di Cassazione. s.u, June 11 2001, Kogler v. Eurogames

Corte di Cassazione. s.u, June 6 2002, Jazbinsek v. Piberplasf

Corte di Cassazione s.u, ordinanza 27 febbraio 2008 n. 5091

Corte di Cassazione, sentenza 26 maggio 2008 n. 13547

Tribunale di Rovereto, sentenza 15 marzo 2007

Tribunale di Udine, 2 August 2002, Ravanelli v. HTB

### **LUXEMBURGO**

Supreme Court, Cass. Lux. 12 May 2005, Anen v. Hotel Management and Consulting

### **PAÍSES BAJOS**

Hoge Raad der Nederlanden de 25 de septiembre de 1992, Société Nouvelle des Papéteries v. BV Machinenfabriek BOA