



# REFLEXIONES SOBRE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL EN DEFECTO DE ELECCIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

---

REFLECTIONS ABOUT APPLICABLE LAW TO INTERNATIONAL  
CONTRACTS IN ABSENCE OF CHOICE IN THE EUROPEAN UNION LAW

---

✉ Por: William Fernando Martínez -Luna<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 13 de mayo de 2014  
Fecha de aprobación: 6 de junio de 2014

## *Resumen*

*El Convenio de Roma de 1980 fue durante más de dos décadas el cuerpo jurídico que unificó las disposiciones sobre la ley aplicable a los contratos internacionales en la Unión Europea. Dicho instrumento legal supuso una revolución en cuanto a la uniformidad de las normas de Derecho internacional Privado, pues cualquier juez de un Estado parte aplicaba la misma norma de conflicto para establecer la *lex contractus*, lo que incrementaba la seguridad jurídica al disminuir el *forum shopping*. Sin embargo, las disposiciones sobre la ley aplicable al contrato en defecto de elección de parte (Art. 4 Convenio de Roma) no fueron interpretadas de manera uniforme por la doctrina jurídica, ni por la abundante jurisprudencia de los tribunales de los Estados parte. Con la transformación del Convenio de Roma en un instrumento de la Unión Europea “Reglamento Roma I”, se aprovechó para incluir cambios en el Art. 4 buscando solucionar los múltiples problemas de su antecesor, con el fin de alcanzar un elevado nivel de seguridad jurídica. El presente artículo pretende analizar las innovaciones incluidas al precepto estableciendo un paralelo entre el Art. 4 Convenio de Roma y el Art. 4 Reglamento Roma I.*

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho de los negocios y litigación internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, profesor de tiempo completo de la Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá. [williamf.martinezl@utadeo.edu.co](mailto:williamf.martinezl@utadeo.edu.co)



**Palabras clave:** *Contratos internacionales, ley aplicable, Unión Europea, Reglamento Roma I.*

### **Abstract**

*The Rome Convention of 1980 was over two decades the unifying legal body concerning the provisions on the law applicable to international contracts in the European Union. This legal instrument brought about a revolution in terms of uniform rules of private international law, because any court of a Member State would apply the same conflict rule to establish the *lex contractus*, thereby increasing legal certainty by reducing forum shopping. However, the provisions on the law applicable to the contract in absence of choice of party (Art. 4 Rome Convention) were not uniformly interpreted by the legal doctrine, or the abundant case law of the state parties. With the transformation of the Rome Convention into a European Union instrument Rome I Regulation has been used to include changes in Article 4 in order to solve the many problems of its predecessor, with a view to achieving a high level of certainty in the European Union. This article analyzes the innovations included in the provision, in order to establish a parallel between Article 4 Rome Convention and the Article 4 Rome I Regulation.*

**Key words:** *International contracts, law applicable, European Union, Rome I Regulation.*



## Introducción

El tema de la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea estuvo regulado hasta 1980 por las normas de conflicto internas de cada uno de los Estados miembros. Sin embargo, se consideró que el hecho de tener una multiplicidad de normas de conflicto afectaba la seguridad jurídica pues no se podía prever con alto grado de certeza la ley que regularía el contrato internacional en defecto de elección de parte, y adicionalmente porque contribuía al forum shopping. Justamente para solucionar éstos y otros problemas nació el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones internacionales. Este Convenio traía en su artículo 4 la norma de conflicto general que regulaba la ley aplicable cuando las partes del contrato no habían utilizado la facultad de elegir la ley de su contrato, o cuando dicha elección no era válida; de igual forma, ésta norma de conflicto mezclaba un alto grado de flexibilidad mediante la teoría de los vínculos más estrechos, con un limitado nivel de rigidez –incluido como presunción– por medio de la teoría de la prestación característica. Esta mezcla de rigidez y flexibilidad no fue bien entendida por los jueces de los Estados parte, lo cual generó una gran cantidad de sentencias contradictorias<sup>2</sup>. Éste y otros problemas se intentaron solucionar con la transformación del Convenio de Roma en un Reglamento de la Unión Europea, el Reglamento Roma I<sup>3</sup>. Este Reglamento hizo una transformación radical del artículo 4 del Convenio de Roma buscando alcanzar un elevado nivel de previsibilidad mediante la inclusión de normas rígidas e inflexibles en su punto de conexión principal. El presente artículo pretende analizar este nuevo enfoque que el reglamento Roma I le ha dado a la ley aplicable al contrato internacional en defecto de elección de parte en la Unión Europea, con el objetivo de dilucidar si dicha transformación contribuye de manera efectiva a la previsibilidad de la ley aplicable al contrato como fórmula válida para alcanzar la seguridad jurídica que las relaciones contractuales en la Unión necesitan.

## La ley aplicable al contrato en defecto de elección en el Convenio de Roma de 1980.

### 1.1 La estructura del artículo 4 del Convenio de Roma.

En el Derecho internacional privado existen principalmente dos “fórmulas extremas” de regular el tema de los contratos internacionales en defecto de elección. La primera, busca iden-

- 
- 2 En este sentido puede verse cómo algunos Tribunales de los Estados parte del Convenio de Roma de 1980 estimaban que, en el contrato de distribución, la prestación característica la llevaba a cabo el distribuidor: SAP, Barcelona, de 28 de abril de 2000, Paris, 5 th ch .B, 30 September 2004, WS Parfums v. SAS Parfums Nina Ricc, Multi-members court of first instante of piraeus 3496/2007. Mientras que otros Tribunales (principalmente Francia e Italia y en menor medida Inglaterra) tenían una interpretación totalmente opuesta, y consideraban que el prestador característico en el contrato de distribución era el concedente o fabricante de las mercancías: Print Concept GmbH v. G.E.W. (EC) Limited [2001] EWCA CIV 352 Court of Appeal (Civil Division) 2 March 2001 2001 WL 239668; CA Paris, February 20, 2008, Orthogese v Stratec Medica; Optelec v. Modtronics, [2003] 1L Pr 4.
  - 3 El 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), es una norma uniforme que determina, para todos los países de la Unión Europea, la ley aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, entró en vigor el 17 de diciembre del 2009.



tificar 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>4</sup>. El Convenio de Roma 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>5</sup>. La primera, se veía reflejada en la determinación de la Ley que presentara los vínculos más estrechos con el contrato (Art. 4.1 Convenio de Roma), mientras que la segunda, se utilizaba en las presunciones de los artículos 4.2, 4.3 y 4.4 Convenio de Roma<sup>6</sup>.

La estructura del Art. 4 Convenio de Roma 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 España, Italia y Portugal<sup>7</sup>, 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 Convenio de Roma impuso más limitaciones, puesto que los tribunales disfrutaban de una libertad “casi sin restricciones”<sup>8</sup>. 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 Convenio de Roma tan solo supuso cambios leves en la identificación de la Ley del contrato internacional<sup>9</sup>.

El Convenio de Roma 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>10</sup>. La doctrina ha calificado a la estructura del Art. 4 Convenio de Roma como una “combinación complicada de flexibilidad y previsibilidad”<sup>11</sup>. Esto se ha dicho porque el Art. 4 Convenio de Roma establecía un criterio

4 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, concur. p. 780.

5 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 Filippo, et. al. (coord.), *Hacia un Derecho Conflictual europeo: Realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 11-42, concur. p. 20.

6 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, concur. p. 99.

7 Vid. AAP Tarragona de 23/10/2004; TS (Sala de lo Civil), sentencia de 19 febrero 1993; SAP Navarra, de 16 de noviembre de 2001; STS, Civil, de 8 de abril de 2005.

8 Sobre la aplicación del *common law* puede verse: Amin Rasheed Corpn v. Kuwait Insurance Co. [1984] AC 50, 61; Coast Lines Ltd v. Hudig and Veder Chartering NV [1972]2 QB 34; Bonython v. Commonwealth of Australia [1951] A.C. 201.

9 O. Lando, The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations”, *Common Market Law Review*, nº 24, 1987, pp. 159-204, concur. p.199.

10 C. Parra Rodríguez, *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, J.M Bosh Editor, Barcelona, 2001, p. 320.

11 O. Lando/P.A. Nielsen, “The Rome I Regulation”, *Common Market Law Review*, nº 45, 2008, pp. 1687 –1725, concur. p.1700.



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>12</sup>.

Para corrientes jurídicas como la inglesa, la principal innovación del Art. 4 Convenio de Roma 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>13</sup>. Por este motivo, los ingleses consideraban que el aspecto más relevante que traía el Art. 4 Convenio de Roma, lo constituía el hecho de que el Convenio hubiese recurrido a las presunciones para concretar el principio de los vínculos más estrechos<sup>14</sup>.

Este Art. 4 Convenio de Roma 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>15</sup>. Es importante destacar, que la relación de proximidad debía establecerse entre el contrato internacional y un país<sup>16</sup>. En efecto, el principio de proximidad no 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 “vinculo territorial y no jurídico”<sup>17</sup>. No obstante lo anterior, algunos autores hubiesen preferido que el Convenio

---

12 Vid. M. Giuliano / P. Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18. Para M.A. Ancel, la estructura del Art. 4 Convenio de Roma 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 Convenio de Roma, 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.

13 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 Convenio de Roma: *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 to Contractual Obligations”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n° 1, (Jan., 1986), pp. 1-31, concr. p. 13.

14 R. Plender/M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2009.,p.168.

15 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 of Obligations*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2009.,p.167.

16 “...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, 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.

17 A. L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González “El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio



de Roma 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>18</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>19</sup>.

Los puntos de conexión del Art. 4 Convenio de Roma 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>20</sup>. Dicha disposición establecía que el contrato se regiría por la Ley del país con el que el negocio jurídico presentase los vínculos más estrechos (Art. 4.1 Convenio de Roma)<sup>21</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>22</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>23</sup>. Es por eso, que el juez podía establecer la Ley más vinculada al contrato, acudiendo a todos los elementos del mismo, incluso si éstos eran posteriores a su celebración<sup>24</sup>.

de 1980”, en Calvo Caravaca, A.L. / Carrascosa González, J. (dir.), *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-143, conr. p. 87; en el mismo sentido vid. A. Briggs, *The Conflict of law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 163.

18 “...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 to Contractual Obligations”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, n° 1, (Jan., 1986), pp. 1-31, conr. p.14; en el mismo sentido, L. Collins (ed.), *Dacey and Morris on the conflict of laws*, 13<sup>o</sup> ed, vol. II, Sweet and Maxwell, London, 2000, p.1235.

19 *Amin Rasheed Shipping Corp v Kuwait Insurance Co (The Al Wahab)* House of Lords, 07 de julio 1983.

20 T. Rauscher, *Europäisches zivilprozess- und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR: kommentar : Rom I-VO, Rom II-VO*, Sellier, München, 2011, p. 194.

21 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 años después: balance y perspectivas de futuro” en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 497-534, 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, conr. p. 385.

22 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, conr p. 304.

23 G. Palao Moreno, et al., *Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 149.

24 M. Giuliano / P. Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18.



El segundo grupo lo conformaban los apartados 2,3 y 4 del Art 4 Convenio de Roma, 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>25</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 apartado 2 del Art. 4 Convenio de Roma 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>26</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>27</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>28</sup>.

Los redactores del Convenio de Roma le impusieron al Art. 4.2 una función especial: concretar el concepto demasiado amplio de los “vínculos más estrechos”<sup>29</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 ejecución del mismo<sup>30</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>31</sup>. Adicionalmente, el hecho de elegir como Ley aplicable al contrato la Ley del lugar de la residencia, de la administración central, o del establecimiento del proveedor de la prestación característica,

25 A. Marín López, et al., *Derecho Internacional Privado Español*, vol II, 7ª ed., Granada, Granada, 1991, p. 341.

26 England and Wales Court of Appeal Civil Division, 27 April 2005, *PT Pan Indonesia Ltd Tbk v. Marconi Communications*, 1nI. Ltd, vid. A. Moure/Y. Lahlou, “Chronicle of private international law applied to business”, *De Droit des affaires internationales*, n° 2, 2006, p. 242.

27 A. Briggs, *The Conflict of law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 164.

28 *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.

29 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 contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 287-340, concur p. 307.

30 M. Giuliano / P. Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19.

31 *ibidem*, p.19.



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>32</sup>.

El apartado 3 del Art 4 Convenio de Roma traía una presunción especial para los contratos que tuviesen por objeto un Derecho real inmobiliario o un Derecho de utilización de inmueble<sup>33</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>34</sup>.

La inclusión de los contratos de transporte de mercancías dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Roma, 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 Convenio de Roma <sup>35</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 Convenio de Roma presumía que éste país presentaba los vínculos más estrechos con el contrato<sup>36</sup>.

El tercer grupo lo constituían las excepciones a la regla general de los Art. 4.2, 4.3 y 4.4 Convenio de Roma. 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 Convenio de Roma, 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.

32 Conclusiones del abogado general Sr. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

33 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*.

34 Es importante destacar –tal como lo hace el Informe Giuliano/Lagarde - que la categoría de contratos que señalaba el apartado tercero del Art. 4 Convenio de Roma, 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. M. Giuliano / P. Lagarde*, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992, p.20.

35 M. Giuliano / P. Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 20

36 Artículo 4.4 Convenio de Roma de 1980. Sobre este aspecto puede verse, P. Kaye, *The new private international law of contract of the european community*, London, Dartmouth,1993, pp. 191-192.



Estos puntos de conexión del Art. 4 Convenio de Roma fueron en su momento una revolución en cuanto a la forma de establecer la Ley aplicable al contrato en defecto de elección. Sin embargo, fue sin duda el artículo 4 del Convenio de Roma el 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 Convenio de Roma.

## 2. Principales problemas del artículo 4 del Convenio de Roma.

La aplicación judicial del Art. 4 Convenio de Roma puso 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>37</sup>. Los principales problemas e incertidumbres se presentaron en los siguientes aspectos:

### 2.1 Las presunciones.

La naturaleza, función y la jerarquía de las presunciones del Art. 4 Convenio de Roma, no fueron interpretadas uniformemente por los tribunales, ni incluso por la numerosa doctrina jurídica<sup>38</sup>. Por esta razón, el Art. 4 Convenio de Roma 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 Convenio de Roma<sup>39</sup>. El enfoque jurídico dado al Art. 4 del Convenio de Roma 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>40</sup>. Pues bien, esta heterogénea in-

37 Ministry of Justice: Guidance on the law applicable to contractual obligations (Rome I): Outline of the main provisions (February 2010) p. 4, version *online*.

38 Vid, 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, concur. 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 de reforma del Convenio de Roma de 1980),” en M. Di Filippo, et. al. (coord.), *Hacia un Derecho Conflictual europeo: Realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 11-42, concur. 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 Convenzione di Roma: problemi generali”, en P. PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Pádova, 2004, pp. 319-420, concur. p. 415.

39 O. Lando/P.A. Nielsen, *The Rome I Proposal*, *Journal of private international law*, April 2007, pp. 29-51, concur. p. 36.

40 L.F. Carrillo Pozo, *El contrato internacional: La prestación característica*, *Real Colegio de España*, Bolonia, 1994, p. 74.



interpretación del rol que cumplían las presunciones al interior del Art. 4 Convenio de Roma, 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 incertidumbre a los contratantes.

## 2.2 La teoría de la prestación característica.

La teoría de la prestación característica fue una de las principales innovaciones del Convenio de Roma, 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>41</sup>. b. Subvaloraba la prestación dineraria que debía cumplir una 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 aquéllos donde las partes se comprometían a prestaciones del mismo tipo, igualmente en los denominados contratos complejos (*joint venture*)<sup>42</sup>. Incluso en contratos donde existía un intercambio de dinero por un bien o servicio (contratos de publicidad)<sup>43</sup>. De acuerdo a lo anterior, se criticaba el hecho de que la teoría de la prestación característica sólo 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>44</sup>.

No obstante las numerosas críticas, se consideraba que eran dos las únicas que lograban incidir fuertemente en el funcionamiento del Art. 4.2. Convenio de Roma. 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

41 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.

42 Estos contratos presentaron especial dificultad para determinar la parte que llevaba a cabo la prestación característica en el Convenio de Roma, 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.

43 C.M.V. Larson/ J. HILL, *The conflict of laws*, 3ª ed, Oxford University press, Oxford, 2006, p. 187.

44 R. Plender, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the choice of law for contracts*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2001.parr. 6.10.



era difícil o imposible establecer cuál de las partes llevaba a cabo la prestación característica<sup>45</sup>, porque el contrato no era de aquellos donde existía un intercambio simple de cosas o servicios por dinero (como en la compraventa donde no existió dificultad en determinar que el prestador característico era el vendedor), sino que cada parte llevaba a cabo prestaciones con el mismo rango de importancia, lo que dificultaba o imposibilitaba determinar el prestador característico, como por ejemplo los contratos de franquicia o distribución.

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>46</sup>.

### 2.3 La cláusula de escape.

La cláusula de escape contenida en el Art. 4.5 Convenio de Roma<sup>47</sup> presentó principalmente dos problemas<sup>48</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 Art. 4 Convenio de Roma. En otras palabras, la cláusula de escape desplazó las normas generales de designación de la Ley aplicable al contrato<sup>49</sup>.

### 2.4 Ausencia de previsibilidad de la norma de conflicto.

La suma de los anteriores problemas presentados en el Art. 4 Convenio de Roma, desembocó en el inconveniente más relevante del precepto: la ausencia de previsibilidad de la

45 P. A. De Miguel Asensio, "Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales...", pp. 1-7, versión *on line*.

46 J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 172; En el mismo sentido, vid. 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, *concr.* p. 202.

47 La cláusula de escape contenida en el Art 4.5 CR era una disposición que determinaba la ley aplicable al contrato internacional 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. 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 artículo 4.5 rezaba de la siguiente manera: "No se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica. 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".

48 Sobre los problemas presentados con la cláusula de escape en el Convenio de Roma 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.

49 A. Rodríguez Benot, "El Convenio de Roma 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, p. 523.



norma de conflicto. En efecto, la ley designada mediante el Art. 4 Convenio de Roma 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 desestimaban a que un contratante se enfrentase al reto de comerciar en el exterior.

La existencia de estos graves inconvenientes en la aplicación del Art. 4 Convenio de Roma, motivó a que con ocasión de la transformación del Convenio en un Reglamento de la Unión Europea, 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.

## La ley aplicable al contrato en ausencia de elección en el Reglamento Roma I.

### 3.1 Aspectos introductorios.

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>50</sup>. En este sentido, el Reglamento Roma I sigue la línea garantista del Convenio de Roma, 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, operan 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 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>51</sup>.

50 Vid. M.M. Siems /L. Herzog /E. Rosenhager, "The protection of creditors of a European private company (SPE)", *European Business Organization Law Review*, n° 12(1), 2011, pp. 147-172, *versión online*; 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. 221.

51 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.



El principio de proximidad que gobernaba el Art. 4 Convenio de Roma y que también está presente –aunque en menor medida– en el Art. 4 Reglamento 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 Convenio de Roma, pero no por la esencia misma del principio, sino por la ausencia de criterios específicos en cuanto a su aplicación<sup>52</sup>. Precisamente como una reacción a esta insatisfactoria circunstancia, es que el legislador de la Unión Europea 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>53</sup>. Justamente para lograr este objetivo, el Reglamento ha introducido grandes reformas al Art. 4 Convenio de Roma, enfocadas principalmente a potenciar la previsibilidad del Derecho y a reducir el poder discrecional del juez, para que su libertad de actuación sea limitada, y bajo unos requisitos precisos.

### 3.1.1 Estructura del artículo 4 Reglamento Roma I.

La estructura del Art. 4 Reglamento Roma I constituye uno de los más radicales distanciamientos con respecto a la regulación contenida en el Convenio de Roma, 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>54</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>55</sup>.

Esta nueva estructura es calificada por la doctrina como más sencilla y clara que la establecida en el Convenio de Roma<sup>56</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>57</sup>. Adicionalmente, el Art. 4 Reglamento Roma I permite un mayor entendimiento

52 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. 201.

53 *Ibidem*, p. 201.

54 Vid. J.J Fawcett/J.M. Carruthers/ P.North, *Private International Law*, 14 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 722; J.Hill/A.Chong, *International commercial disputes*, 4ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 521; B. Ubertaini, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, Giuffrè, 2008, 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 Convenio de Roma”. Vid. Ministry of Justice: Guidance on the law applicable to contractual obligations (Rome I): Outline of the main provisions (February 2010) p. 3.

55 U. Villani, “Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione di Roma al regolamento ‘Roma I’ sulla legge applicabile ai contratti”, *Studi sulla integrazione europea*, n° 3, 2010, Septiembre 2010, pp. 577-296, concur.p. 591.

56 En este sentido, vid. J. Carrascosa González, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 172; 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. 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, concur. p. 69.

57 En este sentido vid. D. Bureau/ H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. II, Partie spéciale, Thémis, 2007, Paris, p. 310. A pesar de que la



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>58</sup>.

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>59</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>60</sup>.

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.*

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<sup>61</sup>) y le designa a cada uno

---

doctrina inglesa –en términos generales– califica al Art. 4 Reglamento Roma I como una mejora del Art. 4 Convenio de Roma, mantiene 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 Convenio de Roma. 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 Regulation”, en N. Boschiero, *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, G. Giappichelli, Torino, 2009, pp. 191- 224, concur. p. 209.

58 J.C.Chuah, *Law of International Trade: Cross-Border Commercial Transactions*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2009, p. 664.

59 J.J Fawcett/J.M. Carruthers/ P.North, *Private International Law*, 14 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 722.

60 J.J. Forner Delagüa, “Ley aplicable a los contratos internacionales”, en E. Bosch Capdevila (dir.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Madrid, 2009, pp. 51-84, concur. p. 69.

61 Artículo 4.1 Reglamento Roma I: “A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; 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; 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



una Ley estatal específica. Se ha dejado a un lado el principio general de los vínculos más estrechos contenido en el Art. 4.1 Convenio de Roma, para pasar a un catálogo de normas rígidas de acuerdo al tipo de contrato, su objeto, o las circunstancias del mismo<sup>62</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>63</sup>.

Aunque estas disposiciones rígidas se inspiran en la presunción general que traía el Convenio de Roma, 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>64</sup>. A pesar de que en algunas de estas reglas fijas el resultado final es el mismo que al aplicar la prestación característica del Convenio de Roma (*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>65</sup>.

#### *b) Contratos distintos a los ocho.*

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 Convenio de Roma, en relación a la identificación de la prestación característica para aquellos contratos que no hacen parte de los ocho principales<sup>66</sup>. Aunque es importante recordar, que la teoría de la prestación característica ha sufrido cambios importantes en el Reglamento

---

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”.

62 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*, n° 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión on line.

63 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>.

64 J.C. Fernández Rozas/ S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009, p. 496.

65 J.J. Fawcett/J.M. Carruthers/ P.North, *Private International Law*, 14 ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 723.

66 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.120.



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 como una presunción, y porque ha sido reformulada por el legislador de la Unión Europea.

*c) Cláusula de excepción.*

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>67</sup>. La cláusula de excepción ha incorporado dos requisitos que pretenden blindar la disposición para evitar los problemas presentados en el Convenio de Roma. 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.*

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>68</sup>.

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 manera flexible (norma subsidiaria: Art. 4.4, y norma excepcional: Art. 4.3 Reglamento Roma I). De acuerdo a lo anterior, la norma general de identificación de la ley aplicable al contrato internacional en la Unión Europea, estará basada en disposiciones con un alto grado de rigidez, lo que beneficiará indudablemente la previsibilidad de la *lex contractus*. Sin embargo, en la cláusula de cierre (artículo 4.4) podrían volver los problemas en la identificación de los vínculos más estrechos presentados en el Convenio de Roma de 1980, aunque debe recordarse, que ésta – la cláusula de cierre- es la última instancia a la que debe acudir el juez para establecer la ley del contrato, por lo que su uso será muy limitado.

---

67 Considerando 20 del Reglamento (CE) n° 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.

68 M. Guzmán Zapater, “El Reglamento CE n° 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*, n° 12, 2009, versión on line



## Conclusiones

El Reglamento Roma I ha hecho un cambio radical al artículo 4 del Convenio de Roma buscando la previsibilidad del Derecho aplicable como fórmula necesaria para alcanzar un alto grado de seguridad jurídica en el espacio judicial de la Unión Europea. Esta profunda transformación se da principalmente por el cambio de criterio en cuanto al punto de conexión de la norma de conflicto, pues se pasa de un punto de conexión con un alto grado de flexibilidad, a una norma general donde impera la rigidez (Art. 4.1 Reglamento Roma I). De acuerdo a lo anterior, y teniendo en cuenta que el principal objetivo del Reglamento Roma I es incrementar la previsibilidad de la ley aplicable al contrato internacional para que los contratantes puedan conocer *ex ante* el derecho nacional que regulará una futura controversia en su relación jurídica, y así adaptar su conducta comercial a dichas disposiciones; debe considerarse positivo este cambio de tendencia, pues una norma de conflicto con puntos de conexión inflexibles permite solucionar uno de los principales problemas de la contratación internacional “la incertidumbre”. De esta manera será claro que un conflicto presentado en un contrato de compraventa internacional será regulado bajo las normas jurídicas del país de la residencia habitual del vendedor, o los conflictos jurídicos presentados en el contrato de distribución, no habrá duda que serán resueltos por la ley del país de la residencia habitual del distribuidor. De esta forma se evita la incertidumbre de establecer cuál es el prestador característico de la relación jurídica, situación que conllevó muchos problemas y sentencias contradictorias en la aplicación del Convenio de Roma de 1980.

También se debe valorar positivamente los puntos de conexión subsidiarios y en escala que presenta el artículo 4 del Reglamento Roma I, ya que ha disminuido y aclarado el papel que cumplía la teoría de la prestación característica, y sobre todo, ha limitado la cláusula de excepción (antes cláusula de escape) para que no tenga un uso indiscriminado por parte de los jueces de los Estados miembros.

Finalmente, se debe reconocer que no todo es positivo en este artículo 4 de Reglamento Roma I, pues deben resaltarse los múltiples problemas de adaptación del caso particular a unos puntos de conexión inflexibles. Asimismo, y aunque se pregona la previsibilidad de la ley como el principal argumento para establecer puntos de conexión rígidos, ésta solo abarca a ocho contratos (Art. 4.1 Reglamento Roma I), lo que indudablemente desembocará en un uso frecuente del Art. 4.2 donde la teoría de la prestación característica es su principal referente, y no faltarán discusiones doctrinales sobre su uso. Sin embargo, debe resaltarse que ahora sí, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede encausar la interpretación de todas las disposiciones del Reglamento, lo que garantiza para una norma uniforme, una interpretación igualmente uniforme.



## Bibliografía

- Ancel, M.A., *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, Economica, 2002.
- Bogdan, M., *Contracts in cyberspace and the new Regulation Rome I*, Masaryk University Journal of Law and Technology, vol. 3, 2009.
- Boschiero, N., “Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali”, en: Picone P., *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Pádova, Cedam, 2004.
- Bureau, D. y H. Muir Watt, *Droit international privé*, Partie spéciale, Paris, vol. II, Thémis, 2007.
- Briggs, A., *The Conflict of law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Calvo Caravaca, A. L. y J. Carrascosa González, “El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980”, en: Calvo Caravaca A. L. y J. Carrascosa González (dir.), *Contratos Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997.
- , “Ley aplicable al contrato internacional”, en: Calvo Caravaca A. L. y J. Carrascosa González (dir), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed, Madrid, Colex, 2006.
- Carrascosa González, J., *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009.
- Carrillo Pozo, L.F., *El contrato internacional: La prestación característica*, Bolonia, Real Colegio de España, 1994.
- , “Rigor Mortis. (La ley al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980)”, en: Di Filippo M., et. al. (coord.), *Hacia un Derecho Conflicto europeo: Realizaciones y perspectivas*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008.
- Castellanos Ruiz, E., *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Madrid, 2009.
- Chuah, J.C., *Law of International Trade: Cross-Border Commercial Transactions*, 4ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2009.
- De Miguel Asensio, P. A., “Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights”, en: *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008.
- , “Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del convenio de roma de 1980”, en: *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1995.



Fawcett, J.J., J.M. Carruthers y P.North, *Private International Law*, 14 ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

Fawcett, J.J., “A United Kingdom Perspective on the Rome I Regulation”, en: N. Boschiero, *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, G. Giappichelli, 2009.

Fernández Rozas, J.C. y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009.

Forner Delaygua, J.J., “Ley aplicable a los contratos internacionales”, en: E. Bosch Capdevila (dir.), *Derecho contractual europeo*, Madrid, Bosch, 2009.

Garcimartín Alférez, F.J., “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley* (30 de mayo de 2008), No. 6957, Sección Doctrina, [en línea] disponible en: consulta: 30 de mayo de 2008.

Giuliano, M. y P. Lagarde, “Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, No.327 de 11 diciembre 1992.

Guzmán Zapater, M., “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, [en línea].

Hill, J. y A.Chong, *International commercial disputes*, 4ª ed., Oxford, Hart Publishing, p. 521, 2010; B. Ubertazzi, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, Giuffrè, 2008.

Lagarde, P. y A. Tenenbaum, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, en: *Revue critique de droit international privé*, vol. 97, No. 4, 2008.

Lagarde, P., “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, en: *Revue critique de droit international privé*, 1991.

Lando, O. y P.A. Nielsen, “The Rome I Proposal”, en: *Journal of private international law*, abril 2007.

—————, “The Rome I Regulation”, en: *Common Market Law Review*, núm. 45, 2008

Lando, O., “The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations”, en: *Common Market Law Review*, No. 24, 1987.

Larson, C.M.V. y HILL J., *The conflict of laws*, 3ª ed, Oxford, Oxford University press, 2006.



Marín López, A., et al., *Derecho Internacional Privado Español*, 7ª ed, Granada, 1991, vol. II.

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. y J. Carrascosa González, *Estudios sobre contratación Internacional*, Madrid, Colex, 2006.

Ministry of Justice: Guidance on the law applicable to contractual obligations (Rome I): Outline of the main provisions (February 2010).

Palao Moreno, G., et al., *Derecho del comercio internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.  
Parra Rodríguez, C., *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, J.M Bosh, ed., Barcelona, 2001.

Plender, R. y M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, 3ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2009.

Plender, R., *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the choice of law for contracts*, 2ª ed, London, Sweet & Maxwell, 2001.

Rauscher, T., *Europäisches zivilprozess - und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR: kommentar : Rom I-VO, Rom II-VO*, München, Sellier, 2011.

Rodríguez, Benot A., “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro”, en: *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006.

Rühl, G., “Contractual Obligations in European Private International Law”, en: Basedow J., Hopt K. y Zimmermann R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press , 2012, [en línea], disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1989515>

Siems, M.M., L. Herzog y E. Rosenhager, “The protection of creditors of a European private company (SPE)”, en: *European Business Organization Law Review*, núm. 12(1), 2011, pp. 147-172, [en línea].

Villani, U., “Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione di Roma al regolamento ‘Roma I’ sulla legge applicabile ai contratti”, en: *Studi sulla integrazione europea*, núm. 3, 2010.

Virgos Soriano, M., “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en: García E., J. González y S. Muñoz (dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. III, Madrid, Civitas, 1986.