

**CONTRATACIÓN INTERNACIONAL: LA EVOLUCIÓN  
DEL MODELO DE LA UNIÓN EUROPEA**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO \*

Publicado en:

*Revista mexicana de Derecho internacional  
privado y comparado*

núm. 29, septiembre de 2011, pp. 67-89

\* Catedrático de Derecho internacional privado  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
E- 28040 MADRID  
pdmigue@der.ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense  
<http://eprints.ucm.es>*

## **Contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO\*

I.- Introducción. II.- Comparación entre el artículo 4 del Reglamento Roma I y el artículo 4 del Convenio de Roma. III.- Tipos contractuales objeto de tratamiento específico. IV.- Aplicación del criterio de la prestación característica. V.- Solución residual: determinación de los vínculos más estrechos. VI.- Cláusula de excepción. VII. Perspectiva comparada: la Convención interamericana de México.

### **I.- Introducción**

La aplicación a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009 del Reglamento (CE) No 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>1</sup> ha supuesto la efectiva modernización de las normas sobre ley aplicable a los contratos internacionales en el seno de la Unión Europea (UE), tras la expresa atribución de competencia a la Unión en esta materia, de acuerdo con lo dispuesto en la actualidad en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y previamente en el artículo 65 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) (desde su reforma por el Tratado de Ámsterdam). Este marco competencial de la UE determina la base jurídica que ha servido de fundamento a la adopción de un instrumento –como el Reglamento Roma I- que unifica las reglas de conflicto en materia contractual en todos los Estados miembros (con excepción de Dinamarca) evitando las carencias inherentes al empleo como mecanismo de uniformización de un convenio internacional entre los Estados miembros, como era propio del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>2</sup>.

---

\* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>1</sup> DO L 177/6, 4.7.2008.

<sup>2</sup> BOE núm. 171, de 19.7.1993.

Al igual que previó el Convenio de Roma, el Reglamento Roma I –art. 2- tiene alcance universal, de manera que se aplica sin límites espaciales, por lo que para determinar el régimen aplicable por los tribunales o autoridades españoles es irrelevante que los otros ordenamientos con los que esté vinculado el contrato litigioso sean o no de Estados miembros. Estados miembros del Reglamento Roma I son todos los de la UE excepto Dinamarca. El carácter universal y el amplio ámbito material del RRI determinan que, como previamente sucedió con el Convenio de Roma, desplace de manera prácticamente general a la normativa de fuente interna, lo que en España se proyecta especialmente sobre el artículo 10, aps. 5 y 6 Código civil y el artículo 11 Código civil en relación con la forma de los contratos. El Reglamento Roma I sustituye al Convenio de Roma para los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009 (arts. 24 y 28 Reglamento Roma I), por lo que el régimen del Convenio de Roma resulta de aplicación a aquellos contratos internacionales celebrados desde la fecha de su entrada en vigor en España, que tuvo lugar el 1 de septiembre de 1993, hasta la de aplicación del Reglamento, el 17 de diciembre de 2009. Las controversias relativas a contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993 continúan regidas por las reglas de conflicto del Código civil, de acuerdo con el artículo 17 CR.

El ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I es también determinante de su alcance unificador en el seno de la UE, pues en línea con el contenido previo del Convenio de Roma<sup>3</sup>, las normas de conflicto del Reglamento son aplicables a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes” (art. 1), de manera que su regulación va dirigida a determinar el régimen aplicable a todos los contratos internacionales y desplaza a las normas nacionales en la materia. Esta conclusión no resulta alterada en lo sustancial por el hecho de que el apartado 2 del artículo 1 del Reglamento Roma I

---

<sup>3</sup> Vid. C. Reithmann y D. Martiny (Hrsg.) (D. Martiny), *Internationales Vertragsrecht*, 6ª ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2004, pp. 14-18.

(al igual que el Convenio de Roma) prevea que sus normas no se aplicarán a una serie de cuestiones (estado civil, obligaciones derivadas de relaciones familiares...), pues se trata de materias en las que la determinación de la ley aplicable no ha tenido lugar tradicionalmente a través de las reglas de conflicto en el ámbito contractual sino que han sido objeto de un tratamiento específico, que justifica su exclusión del Reglamento.

En gran medida el contenido del Reglamento Roma I coincide con el del Convenio de Roma, aunque su transformación en Reglamento ha servido también para introducir reformas de cierto alcance en algunos aspectos importantes. Entre ellos, destaca el relativo a la determinación de la ley del contrato a falta de elección por las partes en el que el fundamental artículo 4 del Reglamento lleva a cabo una notable revisión de la misma norma del Convenio. El presente análisis se limita a la transformación de ese aspecto clave, sin abordar otras cuestiones muy relevantes del régimen jurídico de los contratos internacionales en las que el Reglamento también introduce modificaciones, como las relativas a la autonomía de la voluntad de las partes como primer criterio para determinar la ley aplicable así como la eficacia de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados<sup>4</sup>.

## **II.- Comparación entre el artículo 4 del Reglamento Roma I y el artículo 4 del Convenio de Roma**

Al igual que el Convenio de Roma, el Reglamento Roma I dedica su artículo 4 al régimen general de determinación de la ley aplicable a los contratos en defecto de elección por las partes. Constituye, por lo tanto, un precepto clave en el sistema del Reglamento Roma I, del que sólo quedan al margen ciertas categorías de contratos para los que se prevé un régimen especial, como es el caso de los contratos

---

<sup>4</sup> Con respecto a estas cuestiones *vid.* P.A. de Miguel Asensio, “Contratación comercial internacional”, J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed., Madrid, Iustel, 2011, pp. 255-350, pp. 317-322 y 334-342.

de transporte (art. 5), de consumo (art. 6), de seguro (art. 7) y los contratos individuales del trabajo (art. 8). El contenido de las reglas del artículo 4 Reglamento Roma I se halla directamente condicionado por su equivalente en el Convenio, pero en la redacción del Reglamento se han introducido importantes cambios para tratar de superar las principales dificultades observadas en la aplicación del artículo del Convenio y eliminar dudas acerca del funcionamiento de las reglas.

El principio básico de determinación de la ley aplicable al que responden tanto el artículo 4 del Convenio de Roma como el del Reglamento es el llamado principio de proximidad, que se basa en la aplicación de la ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Se trata de un principio caracterizado por su flexibilidad, pues requiere normalmente que el aplicador disponga de un significativo margen de apreciación para determinar cuál es ese país a la luz de las circunstancias del caso concreto. Esa flexibilidad puede, sin embargo, obstaculizar la realización del objetivo general del Reglamento Roma I, que es proporcionar seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, lo que requiere que las normas sobre determinación de la ley aplicable tengan un alto grado de previsibilidad en su funcionamiento. La evolución de la redacción del artículo 4 en el Reglamento Roma I responde en gran medida a tratar de buscar un más claro equilibrio entre seguridad jurídica y flexibilidad en la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales. Una de las carencias más significativas del Convenio de Roma de 1980 es que el artículo 4, siendo posiblemente su artículo más importante, se presta a interpretaciones muy diferentes, que con el paso del tiempo se han ido reflejando en la dispar jurisprudencia de varios Estados miembros. Esta situación menoscaba gravemente el objetivo básico del Convenio, destinado a asegurar la unificación entre los Estados miembros, de modo que la ley aplicable a los contratos internacionales sea la misma con independencia del Estado miembro ante cuyos tribunales se plantea

el litigio, favoreciendo la previsibilidad y la seguridad jurídica, como ha puesto de relieve la STJCE de 2009 en el asunto *ICF*<sup>5</sup>.

A diferencia del Convenio de Roma, el artículo 4 Reglamento Roma I establece en su apartado 1 una relación de tipos contractuales para los que concreta cuál es la ley aplicable en atención al lugar de la residencia habitual de uno de los contratantes o al lugar en el que se localiza el elemento que se considera determinante del centro de gravedad del contrato<sup>6</sup>. Esta opción pretende aportar una mayor previsibilidad en comparación con el sistema del Convenio, cuyo apartado 1 se limitaba a establecer el criterio general de que la ley aplicable es la del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Si bien este criterio flexible continúa siendo básico en el Reglamento no aparece recogido como punto de partida en su apartado 1. Asimismo, el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento elimina de su texto la posibilidad de fraccionamiento contemplada en el artículo 4.1.º del Convenio, según el cual una parte separable del contrato que presente una vinculación más estrecha con otro país se rija por un ordenamiento distinto al resto. Pese a resultar una posibilidad excepcional y de escasa trascendencia práctica resulta un factor adicional de inseguridad en el Convenio.

Cuando el contrato cuya ley hay que determinar se halla comprendido en alguna de las categorías contempladas en las letras a) a h) del art. 4.1 del Reglamento Roma I, el país cuya ley es aplicable resulta en principio determinado con precisión por las reglas contenidas en ese apartado. Por ejemplo, si se trata de un contrato de compraventa de mercaderías, la ley aplicable es la del país donde el vendedor tenga su residencia habitual. Para satisfacer su función de proporcionar seguridad jurídica,

---

<sup>5</sup> STJCE de 6 de octubre de 2009, *Rehder*, C-204/08.

<sup>6</sup> *Vid.* F.J. Garcimartín Alférez, “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, núm. 6957, 30 de mayo de 2008, ap. 4.1; S. Leible y M. Lehmann, “Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom I»)”, *RIW*, 2008, pp. 528-544, pp. 534-535; B. Ubertazzi, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, Giuffrè, 2008, pp. 73-75; y O. Lando y P. Nielsen, “The Rome I Regulation” *CML Rev*, 2008, pp. 1687-1725, p. 1.703.

el artículo 4.1.º del Reglamento Roma I aporta una relación amplia de categorías de contratos, que en la práctica conduce a facilitar una determinación directa de la ley aplicable en función del tipo contractual a buena parte de los contratos más frecuentes en el comercio internacional, sin perjuicio del eventual recurso a la cláusula de escape de su apartado 3 fundada en el principio de proximidad, que se configura claramente como excepcional, como se detallará. La aplicación práctica del artículo 4.1.º Reglamento Roma I no requiere un examen de las circunstancias del caso concreto en el que el aplicador tiene un amplio margen de apreciación para concretar cuál es la ley aplicable, sino únicamente determinar si el contrato pertenece a alguno de los tipos especificados en el apartado 1, que señala la ley aplicable a cada uno de ellos.

Sólo para aquellos contratos que no se hallan comprendidos en las categorías del apartado 1 o para los que éstas no aportan una solución, por combinar elementos de más de una de esas categorías, resulta preciso concretar cuál es la prestación característica. Con respecto a esos contratos, el apartado 2 del artículo 4 del Reglamento Roma I establece que la ley aplicable es la del país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. Por lo tanto, en la estructura del Reglamento el criterio de la prestación característica tiene un alcance diferente al que presentaba en el Convenio. En el art. 4.2.º del Convenio el criterio de la prestación característica operaba con carácter general –salvo para los contratos relativos a inmuebles y los contratos de transporte–, pues se establecía la presunción general de que la ley del contrato era la del país de la sede de la parte que debía realizar la prestación característica. En el sistema del Reglamento la prestación característica –concepto cuya concreción reviste en ocasiones especiales dificultades– desempeña un papel menor que en el Convenio, pues sólo es preciso determinarla cuando el contrato no se halla comprendido en ninguna de las categorías de contratos mencionadas en el artículo 4.1.º del Reglamento. Aunque formalmente el artículo 4.2.º del Reglamento no hace referencia a que el criterio de la prestación

característica es una presunción de máxima vinculación –frente a la redacción del art. 4.2.º del Convenio de Roma, según el cual “se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos” con el país de la sede del prestador característico-, el apartado 3 del artículo 4 Reglamento Roma I incluye una cláusula de escape o de corrección similar a la que figuraba ya en el artículo 4.5.º del Convenio de Roma. En virtud de esa cláusula, la ley indicada en los apartados 1 o 2 del artículo 4 del Reglamento –es decir, la fijada para cada uno de los tipos contractuales recogidos o, en su defecto, la de la sede del prestador característico- no se aplica si del conjunto de las circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2. Para reforzar la seguridad jurídica en la determinación de la ley aplicable y limitar el recurso a interpretaciones que conducían a dotar al sistema de una flexibilidad excesiva, la cláusula de escape del artículo 4 del Reglamento está redactada de manera parcialmente distinta, de modo que aclara que debe operar sólo con carácter excepcional, como resulta de la exigencia de que esa mayor vinculación debe ser manifiesta y debe desprenderse claramente del contrato<sup>7</sup>.

Por último, el apartado 4 del artículo 4 del Reglamento establece una solución de cierre, ideada sólo para aquellos casos en los que el contrato no puede clasificarse como uno de los tipos especificados en el apartado 1 y además no pueda determinarse el país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica. Para estos supuestos establece que la ley aplicable debe concretarse en atención al criterio de proximidad, estableciendo que la ley aplicable es la ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos, sin establecer en principio precisiones adicionales, lo que abocará necesariamente a un examen individualizado de las circunstancias del caso concreto.

---

<sup>7</sup> U. Magnus, “Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice”, F. Ferrari y S. Leible (eds.), *Rome I Regulation (The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe)*, Munich, Sellier, 2009, pp. 27-50, p. 30.

### III.- Tipos contractuales objeto de tratamiento específico

El punto de partida en la aplicación del artículo 4 del Reglamento Roma I es concretar si el contrato puede calificarse como alguno de los tipos relacionados en su apartado 1, para los que se prevé de manera específica cuál es la ley aplicable. Cabe entender que estas reglas, que facilitan el conocimiento *ex ante* de la ley del contrato, en función del tipo o categoría al que pertenece el contrato y sin necesidad de un análisis individualizado de los concretos elementos y conexiones de un contrato en particular, responden fundamentalmente a un objetivo de seguridad jurídica, pero también tienen como fundamento el principio de proximidad, pues establecen los elementos que se consideran expresión de máxima vinculación con el contrato en esos supuestos típicos. Algunas de esas reglas responden al interés del Reglamento Roma I por evitar las diferencias de criterio acerca de cuál es la prestación característica –e incluso si esta existe- en relación con ciertos contratos –como los contratos de distribución exclusiva y franquicia- surgidas en la aplicación del artículo 4 del Convenio.

Como las reglas del artículo 4.1.º Reglamento Roma I sólo operan en la medida en que el contrato de que se trate pueda ser considerado como perteneciente a alguna de las categorías incluidas en el apartado 1, clave en su funcionamiento resulta concretar el alcance de cada una de esas categorías, así como el criterio retenido en cada caso para determinar la ley aplicable<sup>8</sup>. La primera categoría contemplada es la de los contratos de compraventa de mercaderías, previéndose en el inciso a) que se regirán por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual. El concepto de compraventa de mercaderías coincide con el utilizado en el art. 5.1.b) del Reglamento 44/2001<sup>9</sup>, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de delimitar el

---

<sup>8</sup> Rauscher / K. Thorn, *EuZPR/EUIPR* (2011), Art. 4 Rom I, pp. 202-226.

<sup>9</sup> Reglamento (CE) n° 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 (Reglamento Bruselas I) (*DO L 12/1*, de 16.01.2001).

significado de este concepto autónomo, al tiempo que también puede ser relevante como modelo la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, como instrumento de especial aceptación internacional. El punto de conexión utilizado para determinar la ley aplicable es la residencia habitual del vendedor. En el modelo del Convenio de Roma no resultaba controvertido que el vendedor es la parte que tiene a su cargo la prestación característica

La segunda categoría de contratos contemplada en el artículo 4.1 del Reglamento Roma I es la de los contratos de prestación de servicios, que es también la otra prevista en el artículo 5.1.b) del Reglamento 44/2001, lo que tiene importancia práctica habida cuenta de que en la interpretación de sus normas el Reglamento Roma I y el Reglamento Bruselas I se condicionan mutuamente en especial en relación con la calificación y la delimitación entre tipos contractuales<sup>10</sup>. Con respecto a los contratos de prestación de servicios el artículo 4.1.b) del Reglamento Roma I establece que se regirán por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual, lo que se corresponde con el dato ampliamente aceptado en el marco del artículo 4.2 del Convenio de que quien realiza la prestación característica es el prestador del servicio. La delimitación de esta categoría y la inclusión de ciertos contratos en la misma puede resultar especialmente controvertida. El Reglamento Roma I no aporta criterios adicionales al respecto, más allá del criterio de que la interpretación de este concepto autónomo debe ser coincidente con el del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001, con la salvedad de que los contratos de franquicia y de distribución, pese a ser “contratos de servicios, están sujetos a normas específicas” (cdo. 17 del Preámbulo del Reglamento Roma I), precisión que puede servir de base para pretender un entendimiento especialmente amplio de la categoría de los contratos de prestación de servicios. Aunque, a falta de interpretación por el TJCE, también cabría sostener que esas categorías de contratos integran en su contenido

---

<sup>10</sup> Cf. A.K. Bitter, “Auslegungszusammenhang zwischen der Brussel I-Verordnung und der künftigen Rom I-Verordnung”, *IPRax*, 2008, pp. 96-101, p. 98.

prestaciones de servicios pero no son propiamente contratos de prestación de servicios, pues son contratos complejos que incluyen también prestaciones propias de otros tipos contractuales. En todo caso, ese inciso está destinado a aclarar que la inclusión en el artículo 4.1 del Reglamento Roma I de las categorías contratos de distribución y contratos de franquicia, como diferenciadas de la categoría prestación de servicios, no afecta a que a los efectos del artículo 5.1.b) del Reglamento 44/2001 los contratos de distribución y franquicia deban ser incluidos en la categoría de contratos de prestación de servicios<sup>11</sup>, pues forman parte de esa categoría y el artículo 5.1 no incluye reglas específicas para los contratos de distribución y franquicia sino sólo una regla común para el conjunto de contratos de prestación de servicios<sup>12</sup>.

Los apartados e) y f) del artículo 4.1.º Reglamento Roma I incorporan reglas específicas con respecto a los contratos de franquicia y de distribución, lo que se justifica por ser algunos de los tipos contractuales para los que la determinación de la prestación característica en el artículo 4.2 del Convenio de Roma ha presentado mayores dificultades<sup>13</sup>. Con respecto, al contrato de franquicia, el art. 4.1.e) del Reglamento establece que se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual. Por lo tanto, el debate acerca de si es posible identificar una prestación característica en estos contratos complejos y, en su caso, a que parte corresponde, no resulta en principio relevante en el marco del Reglamento Roma I. La opción a favor del país de la residencia del franquiciado tiende también a favorecer en la práctica la aplicación de la ley local de la parte con menos recursos y

---

<sup>11</sup> Vid. L. García Gutiérrez “Franchise Contracts and the Rome I Regulation on the Law Applicable to International Contracts”, *Yearbook PIL*, 2008, pp. 233-244, p. 236.

<sup>12</sup> Se trata de un criterio que choca con la posición mantenida por la jurisprudencia de algún Estado miembro, en especial, con la controvertida práctica de la *Cour de cassation* francesa acerca de los contratos de distribución exclusiva (que también choca con el nuevo artículo 4.1 Reglamento Roma I). Así, considerando que un contrato de distribución no es un contrato de prestación de servicios a los efectos del artículo 5.1.b) Reglamento Bruselas I, *vid.* la decisión de la *Cour de cassation* de 5 de marzo de 2008 en el asunto *Wolman*, de 5 de marzo de 2008, *Journ. dr. int.*, 2008, p. 521, nota J.M. Jacquet.

<sup>13</sup> Vid. P. Mankowski, “Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung“, *IPRax*, 2006, pp. 101-113, pp. 103-104; y R. Wagner, “Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung)”, *IPRax*, 2008, pp. 377-386, p. 383.

que con frecuencia se halla en una posición de subordinación con respecto al franquiciador.

Por su parte, según el artículo 4.1.f) del Reglamento Roma I, el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual. Esta regla representa un indudable avance desde el punto de vista de la uniformidad y de la seguridad jurídica, frente a la situación en el Convenio de Roma, pues, al interpretar el artículo 4.2 del Convenio los tribunales de distintos Estados miembros han mantenido planteamientos encontrados acerca de cuál es la parte que realiza la prestación característica en los contratos de distribución. La opinión más extendida era que la prestación característica correspondía al concesionario o distribuidor exclusivo, como estableció, v. gr., la sent. AP Barcelona de 28 de abril de 2000 en relación con un contrato de distribución exclusiva entre una empresa con sede en Alemania —concedente— y otra domiciliada en España —distribuidora—, que tenía por objeto la distribución en territorio español por parte de la demandante de productos de la empresa alemana. Por el contrario, la *Cour de cassation* francesa en su decisión de 15 de mayo de 2001 consideró que la prestación característica es desempeñada en estos contratos por el concedente y no por el concesionario o distribuidor<sup>14</sup>. La norma del artículo 4.1.f) elimina la relevancia práctica a esa disparidad de criterios en el marco del Reglamento Roma I, pues con respecto a los contratos de distribución no es preciso concretar qué parte realiza la prestación característica, pues directamente esa regla especial prevé que la ley aplicable es la de la residencia del distribuidor.

Las letras c) y d) del artículo 4.1 del Reglamento Roma I establecen reglas específicas con respecto a los contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario (v.gr., una compraventa de un inmueble) o el arrendamiento de un bien inmueble. Para estos contratos se establece que la ley aplicable será la del país donde

---

<sup>14</sup> Con respecto a la práctica de la *Cour de cassation* francesa, vid. M.E. Ancel, “Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I”, *Rev.cr.dr.int.pr.*, 2008, pp. 561-579, p. 562.

esté sito el bien inmueble. Este criterio coincide con la presunción de vinculación más estrecha establecida previamente en el art. 4.3º del Convenio de Roma. El recurso a la *lex rei sitae* permite unificar la normativa aplicable, sometiendo el régimen contractual al mismo ordenamiento que rige los aspectos reales de las relaciones entre los contratantes (art. 10.1.º Código civil). Además esta norma responde a la manifiesta integración en la esfera socio-económica del país donde se encuentra el inmueble que en los supuestos típicos presentan los contratos pertenecientes a esta categoría. La regla no opera cuando el objeto del contrato son bienes inmuebles situados en países diferentes, si bien la ratio de esta regla especial puede ser tenida en cuenta en ese caso al concretar el país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos, en la medida en que el bien inmueble o los bienes inmuebles situados en un país sean más relevantes –típicamente por ser de mayor valor- en la economía del contrato.

Para ciertos contratos de arrendamiento de temporada, el artículo 4.1.d) Reglamento Roma I prevé una excepción a lo dispuesto en la letra c). Establece que 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. Por lo tanto si concurren esos requisitos, en el marco del art. 4.1 la ley aplicable no es la de situación del bien sino la de la residencia habitual común de arrendador y arrendatario. Esta regla es paralela a la regla de competencia establecida en el pfo. 2 del art. 22.1 Reglamento 44/2001, que para este tipo de contratos establece una alternativa al fuero exclusivo del lugar de situación del bien, al prever que también son competentes los tribunales del domicilio del demandado cuando arrendador y arrendatario tienen su domicilio en el mismo Estado miembro. En el caso del Reglamento Roma I, la solución que establece el artículo 4.1.d) se fundamenta en el dato de que en esos casos las circunstancias que concurren determinan que, pese a ir

referido el contrato a un bien situado en un único país, el contrato presenta una especial conexión con el país de la residencia habitual común de las partes, de manera que el significado del principio de proximidad como cláusula de escape en el marco del artículo 4.3 del Reglamento Roma I conduciría normalmente a esa solución. Además, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de las implicaciones de las competencias exclusivas del artículo 22 del Reglamento 44/2001, en materia de contratos relativos a bienes inmuebles, el artículo 4.1c) y d) del Reglamento Roma I no excluye que en el marco de su artículo 3 las partes puedan elegir libremente la ley aplicable al contrato.

Los dos últimos incisos del art. 4.1 van referidos a ciertas categorías de contratos que se concretan en atención al tipo de mercado en el marco del cual se celebran, que se considera que en estos casos debe ser determinante de su localización. Conforme al artículo 4.1.g), el contrato de venta de bienes es objeto de un tratamiento específico cuando la venta tiene lugar mediante subasta. En tal caso, la ley aplicable al contrato será la del país donde tenga lugar la subasta. Las circunstancias en las que se desarrollan las subastas internacionales determinan que normalmente no existan tratos previos directos entre vendedor y comprador y que la residencia habitual y otros datos personales de la contraparte puedan ser inciertos al tiempo de celebrar el contrato. En tales supuestos, parece claro que no es apropiado el que la ley aplicable se determine con carácter general en atención a la residencia habitual del vendedor. Por el contrario, al tratarse de transacciones concluidas en el marco de un mercado organizado, en el que participan comprador y vendedor, la localización de éste se considera determinante para concretar el centro de gravedad del contrato y la ley aplicable al mismo. El art. 4.1.g) establece el límite de que esa regla no opera cuando no pueda determinarse el lugar donde se celebra la subasta, lo que puede tener un especial impacto en el caso de subastas celebradas por medios electrónicos, cuando ese lugar no aparezca identificado en los términos del servicio o

por las circunstancias que concurran no sea posible considerar que ese lugar es el del país del establecimiento de la entidad organizadora de la subasta<sup>15</sup>.

Por último, el art. 4.1.h) Reglamento Roma I contiene una regla relativa a los contratos celebrados en mercados financieros regulados o sistemas de negociación multilateral contemplados en el art. 4 de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros. En estos casos, la regla, que abarca tanto los mercados de Estados miembros como de terceros, establece que la ley aplicable al contrato es la ley del país que rige el mercado financiero en cuestión.

La no previsión en el Reglamento Roma I de una regla específica para categorías importantes de contratos va unida a una especial falta de seguridad jurídica. Así, si bien la Propuesta de Reglamento incluía entre la tipología de contratos del art. 4.1 los contratos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual<sup>16</sup>, previendo que la ley aplicable sería la de ley del país en el que quien transfiere o concede los derechos tenga su residencia habitual, finalmente el Reglamento no estableció una regla específica debido a la falta de acuerdo sobre el particular, que es expresión de las diferentes opiniones acerca de cuál es la prestación característica (y si cabe determinar ésta) en las diversas modalidades de contratos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual. De la STJCE de 2009 en el asunto *Falco*<sup>17</sup> –relativa a la interpretación del art. 5.1.ºb) Reglamento 44/2001- cabe derivar que los contratos cuyo principal objeto es la concesión de una licencia o la transmisión de derechos sobre bienes inmateriales no constituyen en principio contratos de prestación de servicios a los efectos del artículo 4.1º RRI, sin perjuicio

---

<sup>15</sup> Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., 2011, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, pp. 998-999, poniendo de relieve que en situaciones en las que el sitio a través del que tiene lugar la subasta aparece dirigido específicamente a un país, ésta circunstancia puede ser determinante para apreciar que ese es el país con el que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos a los efectos de que su ley se la aplicable al contrato de conformidad con el artículo 4.3 Reglamento Roma I.

<sup>16</sup> Propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) de 15 de diciembre de 2005, *COM(2005) 650 final*.

<sup>17</sup> STJCE de 23 de abril de 2009, as. C- 533/07, *Falco*.

de que ciertos contratos sobre derechos de propiedad intelectual puedan llegar a ser incluidos en esa categoría, en particular si la obligación de conceder una licencia aparece en el conjunto del contrato como funcionalmente subordinada a la obligación de una de las partes de prestar ciertos servicios, como es frecuente, por ejemplo, en ciertos contratos de investigación y desarrollo. En relación con el artículo 4 RRI, la consecuencia fundamental del criterio adoptado en la sentencia *Falco* es que confirma que, al no estar comprendidos los contratos de licencia entre las categorías de contratos para los que el apartado 1 fija reglas específicas, resultara de aplicación a tales contratos el apartado segundo del artículo 4 RRI, de modo que el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

#### **IV.- Aplicación del criterio de la prestación característica**

En el sistema del Reglamento Roma I, cuando no sea posible determinar la ley aplicable de conformidad con su ap. 1, al tratarse de un contrato que no corresponda a ninguna de las categorías relacionadas en el artículo 4.1 o cuyos elementos correspondan a más de una de esas categorías, la ley aplicable será la de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. Más allá de que ciertas reglas contenidas en el artículo 4.1 Reglamento Roma I, en particular las relativas a la compraventa y a la prestación de servicios, son expresión de cuál es la prestación característica en diversos tipos de contratos, el Reglamento no contiene ulteriores precisiones sobre el concepto de prestación característica, que tampoco aparecían en el Convenio de Roma. En el caso del artículo 4.2 del Convenio esta circunstancia conducía a una mayor inseguridad jurídica, en la medida en que el criterio de la prestación característica sin ulteriores precisiones operaba directamente con carácter general (salvo si se trataba de un contrato relativo a un bien inmueble o de transporte de los contemplados en los aps. 3 y 4 del art. 4 Convenio de Roma),

mientras que en el sistema del Reglamento sólo opera si el contrato no se halla comprendido en ninguna de las categorías del apartado 1, que abarcan un conjunto muy significativo de tipos contractuales. No obstante, el Informe relativo al Convenio de Roma sí reproducía ciertas ideas básicas de los promotores de esta construcción, destacando que se trata de una técnica que permite localizar el contrato atendiendo a elementos internos que reflejan la esencia de la relación contractual y son determinantes de la categoría a la que el contrato pertenece; la prestación característica haría posible, además, contemplar la función económico-social del contrato y objetivar y concretar la noción de los vínculos más estrechos<sup>18</sup>.

La técnica de la prestación característica contempla como supuestos paradigmáticos aquellos en los que la contraprestación de uno de los contratantes consiste exclusivamente en el pago de dinero; en tales casos, característica será la prestación por la que es debido el pago, esa es la prestación que diferencia al tipo contractual de que se trate frente a otros, es la que determina la esencia del contrato y la que es objeto de una más elaborada regulación. Así, por ejemplo, en los contratos de compraventa, la prestación característica es la del vendedor, en los contratos de prestación de servicios, la de quien presta el servicio, en los contratos de agencia, la del agente. Con carácter general, cuando la configuración negocial impide aplicar la regla de base —es decir, considerar característica la prestación por la que se debe el pago— resulta necesario considerar otras circunstancias, como la distinta responsabilidad o riesgo que cada prestación entraña, su complejidad jurídica o la circunstancia de que en la estructura negocial una de las prestaciones aparezca como remuneratoria de la otra (esta última sería la característica); por ejemplo, en los contratos de préstamo, la prestación característica es la del prestamista, en los de depósito la del depositario.

Con frecuencia la concreción de la prestación características plantea ciertas

---

<sup>18</sup> “Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles” (M. Giuliano and P. Lagarde), JOCE 1980 C 282/1.

dificultades ya conocidas en el marco del Convenio de Roma<sup>19</sup>. Particularmente difícil resulta la determinación de la prestación característica en relación con figuras negociales desarrolladas en el moderno tráfico mercantil, en el que proliferan contratos atípicos, caracterizados por su complejidad, como es el caso de los acuerdos de *joint-venture* (empresa conjunta). El artículo 4 del Reglamento Roma I ha contribuido a mejorar la situación sobre este particular, como ha quedado señalado, en la medida en que concreta en su apartado 1 la ley aplicable a los contratos de franquicia y los contratos de distribución. Pero también presenta limitaciones que reflejan las dificultades para concretar la ley aplicable a ciertas modalidades de contratos.

La determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales sobre propiedad industrial e intelectual plantea peculiares dificultades. A falta de elección por los contratantes, el artículo Reglamento Roma I no tiene una regla específica para estos contratos, pues si bien en el art. 4 de la Propuesta de Reglamento figuraba una norma según la cual los contratos referente a la propiedad intelectual o industrial se registrarían por la ley del país en que quien transfiere o concede los derechos tenga su residencia habitual, durante el proceso de elaboración del Reglamento, esa regla fue eliminada del artículo 4, de manera que entre las categorías de contratos que menciona el artículo 4.1.º del Reglamento no figura la de contratos relativos a derechos de propiedad intelectual. La supresión de la norma es reflejo de la falta de consenso, de la heterogeneidad de la práctica comercial relativa a estos contratos y de la disparidad de opiniones sobre su localización en un sistema basado en el criterio de los vínculos más estrechos y de la prestación característica<sup>20</sup>. En la medida en que la

---

<sup>19</sup> Vid. U. Villani, “La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti”, N. Boschiero (ed.) *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Turín, G. Giappichelli, 2009, pp. 149-172, p. 168.

<sup>20</sup> Acerca de las dificultades relativas a la concreción en el marco del Reglamento Roma I de la ley aplicable en defecto de elección a esa categoría de contratos internacionales, vid. A. Metzger, “Transfer of Rights, License Agreements, and Conflict of Laws: Remarks on the Rome Convention of 1980 and the Current ALI Draft”, in J. Basedow, J. Drexler, A. Kur and A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, Tübingen, 2005, p. 61, at pp. 67-69; P. Torremans, “Licenses and

transmisión de estos derechos no forme parte de un acuerdo complejo que encaje en alguna de las categorías del artículo 4.1.º del Reglamento, como puede ser el caso de los contratos de franquicia, de distribución o de ciertos contratos de prestación de servicios, lo determinante en el sistema del Reglamento –así como en el del Convenio de Roma- es qué parte tiene a su cargo la prestación característica del contrato. Tradicionalmente, el criterio mayoritario habida cuenta de la estructura negocial típica de estos contratos ha sido favorable a entender que la prestación característica, tanto en los contratos de cesión como de licencia, corresponde al cedente o licenciante de estos derechos, lo que conduciría a la aplicación de la ley del país donde el transmitente tiene su residencia habitual (art. 4.2 Reglamento Roma I y Convenio de Roma). Cabe entender que la circunstancia de que el licenciatarario quede obligado a explotar el bien inmaterial o el hecho de que asuma obligaciones no dinerarias, no modifica, en los supuestos típicos, esa conclusión. No obstante, también ha alcanzado cierta aceptación el criterio de que en aquellos contratos en que el licenciatarario asume la obligación de explotar el derechos de propiedad industrial, el licenciatarario debe ser considerado prestador característico. Este planteamiento, aunque esté próximo a la regla del artículo 4.1.º Reglamento Roma I sobre contratos de franquicia, sin embargo, presenta, el inconveniente, entre otros, de que puede ser fuente de especial inseguridad jurídica contraria a la *ratio* del artículo 4, en particular, debido a que precisar si existe o no la obligación de explotación por parte del

---

Assignments of Intellectual Property Rights under the Rome I Regulation”, *Journal of Private International Law*, 4, 2008, pp. 397-420; P.A. de Miguel Asensio, “Applicable Law in the Absence of Choice to Contracts Relating to Intellectual or Industrial Property Rights”, *Yearbook PIL*, 2008, pp.199-219; P. Mankowski, “Contracts Relating to Intellectual or Industrial Property Rights under the Rome I Regulation”, in S. Leible and A. Ohly (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tubingen, 2009, p. 31, at pp. 42-47; B. Ubertazzi, “La legge applicabile ai contratti di trasferimento di tecnologia”, *Riv. dir ind.*, 2008, pp. 118-150; Y. Nishitani, “Contracts Concerning Intellectual Property Rights”, in F. Ferrari y S. Leible (eds.), *Rome I ... cit.*, p. 51, at pp. 74-80; N. Boschiero, “I contratti relativi alla proprietà intellettuale alla luce della nuova disciplina comunitaria di conflitto. Analisi critica e comparatistica”, N. Boschiero (coord.), *La nuova... op. cit.*, pp. 463-538; y U. Stimmel, Ulrike, “Die Beurteilung von Lizenzverträgen unter der Rom I-Verordnung”, *GRURInt*, 2010, pp. 783-788.

licenciataria dependerá, en defecto de pacto entre los contratantes, precisamente de la ley aplicable al contrato.

Tratándose de contratos mixtos -que incluyen elementos de varios tipos negociales incluso contemplados en el apartado 1- la identificación de la prestación característica exige valorar el peso de las distintas prestaciones del contrato, para identificar aquella que caracterice al contrato en su conjunto. Cuando un mismo contratante tenga a su cargo las prestaciones que caracterizan a los diversos tipos negociales combinados -por ejemplo, por ser vendedor y prestador de servicios-, será ese el prestador característico. Si, por el contrario, los diversos elementos negociales conducen a la aplicación de ordenamientos diversos, es necesario identificar qué elemento (prestación) es más relevante en el conjunto del contrato. Ejemplos de situaciones como estas son aquellos contratos mixtos en los que las prestaciones características de los diversos tipos negociales combinados son realizadas por contratantes diversos y aquellos que combinan una prestación relativa a un derecho real o el arrendamiento de un inmueble con otra(s) que encaja en otras categorías de contratos enumeradas en el artículo 4.1 Reglamento Roma I, no coincidiendo el país de situación del inmueble con el país cuya ley es aplicable a esa otra categoría.

Si no cabe identificar una prestación (o grupo de prestaciones de un mismo contratante) como característica del contrato en su conjunto, será necesario determinar en cada caso individualizadamente el ordenamiento que presenta los vínculos más estrechos con el contrato. Ciertamente, en ocasiones la determinación de la prestación característica puede resultar imposible. Las situaciones paradigmáticas son aquellas —como la permuta— en las que los contratantes intercambian prestaciones de idéntica naturaleza, sin que una de ellas se configure en la estructura negocial como remuneratoria. En línea de principio, a medida que el contenido contractual adquiere mayor complejidad, se dificulta la operatividad de la técnica de la prestación característica. Tratándose de contratos mixtos, cuando no sea posible identificar una prestación (o grupo de prestaciones de uno de los contratantes)

como característica (por no presentar una primacía determinante a este respecto), cabe entender, con carácter general, que es indispensable determinar el país más vinculado con el contrato en su conjunto. Deben ser rechazadas las propuestas tendentes a someter a ordenamientos distintos las prestaciones de cada uno de los contratantes, fraccionando la ley aplicable en los contratos mixtos, pues no se trata en estas situaciones de partes separables en el sentido del artículo 4.1.º del Convenio de Roma. Un estatuto contractual único es determinante en estos contratos para garantizar la previsibilidad y un tratamiento jurídico armónico.

En los supuestos en los que opera el criterio de la prestación característica, la conexión relevante es la residencia habitual de la parte que deba realizarla. El Reglamento Roma I incorpora un concepto autónomo de residencia habitual de las personas jurídicas y de las personas físicas que estén ejerciendo una actividad profesional –coincidente con el establecido en el artículo 23 del Reglamento- que tiene gran importancia práctica en la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 4 RRI. Conforme al art. 19.1.º RRI, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central, es decir donde la entidad se administra efectivamente. Se opta por un concepto más restrictivo que el empleado en el art. 60.1.º Reglamento 44/2001 en el que el domicilio de una persona jurídica es alternativamente el lugar de su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. En el marco del RRI ni la sede estatutaria ni el centro de actividad principal son relevantes, pues la residencia habitual se identifica en concreto con el lugar de la administración central, al entender que en el caso de las normas sobre determinación de la ley aplicable el empleo de una definición clara basada en un criterio único es imprescindible para que las partes puedan prever la ley aplicable al contrato.

Tratándose de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional, el artículo 19.1.º considera que su residencia habitual será el lugar de su establecimiento principal, que puede no coincidir en ocasiones con el domicilio

personal o familiar. Para el caso de las sociedades que actúan en mercados extranjeros a través de sucursales, resulta de particular relevancia práctica el apartado 2 del artículo 19 del Reglamento Roma I, que puede llevar a considerar que el criterio determinante para localizar el contrato no es la residencia habitual de ese contratante sino el lugar en el que se encuentre una de sus sucursales. Conforme al art. 19.2, cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones 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 residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado. El apartado 3 del artículo 19 concreta en el tiempo el momento relevante para apreciar la residencia habitual, que es la que tuviera el contratante en cuestión en el momento de celebración del contrato, lo que determina que cambios posteriores en la residencia de las partes no afecten a la ley aplicable al contrato<sup>21</sup>.

#### **V.- Solución residual: determinación de los vínculos más estrechos**

Dejando a un lado la función interpretativa que resulta de la posición del principio de proximidad como principio de base del artículo 4 del Reglamento Roma I, el recurso al criterio de los vínculos más estrechos tiene lugar en el sistema del Reglamento fundamentalmente a un doble nivel. Por una parte, la concreción del país más estrechamente vinculado con el contrato será necesaria de modo directo en todos los contratos que no encaje en ninguna de las categorías del apartado 1 o en los que no sea posible determinar la residencia habitual del prestador característico. En el resto de los supuestos, la búsqueda del país más estrechamente vinculado está llamada básicamente a desempeñar de manera excepcional una función correctora, lo que resulta en el sistema del Reglamento de lo dispuesto en su apartado 3.

---

<sup>21</sup> Rauscher / K. Thorn, *EuZPR/EUIPR* (2011), Art. 19 Rom I, pp.578-579.

Para los contratos que no se encuentran comprendidos en ninguna de las categorías del apartado 1 y aquellos en los que no es posible determinar la residencia habitual del prestador característico, el artículo 4.4 Reglamento Roma I establece que el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. El Reglamento no contiene ulteriores precisiones sobre qué vínculos son relevantes ni cómo deben ser valorados o sobre qué circunstancias deben tenerse en cuenta al concretar el principio de proximidad, más allá de la referencia en su Preámbulo a que para determinar el país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos (cdo. 21).

El contenido e ideas inspiradoras de los apartados 1 y 2 del artículo 4 del Reglamento deben tener un valor significativo a esos efectos, en la medida en que en principio recogen elementos que, según el legislador, son en los supuestos típicos expresión de esa mayor vinculación. En particular, del apartado 2 cabe derivar que la naturaleza, contenido y configuración del contrato deben ser el punto de partida en la búsqueda del país más vinculado, pues los elementos intrínsecos al contrato deben primar en su localización sobre aquellos que son externos a la relación. Del papel asignado a la residencia habitual del prestador característico en el artículo 4.2.º del Reglamento así como a la de ciertos contratantes en su apartado 1, cabe extraer el especial relieve que debe atribuirse a la circunstancia de que los contratantes tengan su sede en un mismo país. El recurso al artículo 4.4 será habitual en contratos cuyos elementos se corresponden con varias de las categorías contempladas en el apartado 1, pues en muchas de esas situaciones no cabe determinar la prestación característica. Por ejemplo, cuando un contrato combina el arrendamiento de un inmueble con la prestación de ciertos servicios. En un supuesto como ese parece apropiado atender en primer lugar a si se da la circunstancia de que el prestador de los servicios tiene su residencia en el país de situación del bien inmueble, pues ese sería el país con el que el contrato presentaría los vínculos más estrechos. En caso contrario, a la hora de

determinar con qué país el contrato presenta los vínculos más estrechos puede ser determinante concretar si el elemento más destacado en el objeto negocial es el derecho de utilización del inmueble o la prestación de servicio, para aplicar el lugar de situación del bien o el domicilio del prestador característico. Tratándose de un contrato relativo a bienes inmuebles situados en varios países entre partes cuyas residencias se hallan en países diferentes, puede ser determinante el lugar situación de uno de los bienes, si claramente es el más importante del contrato, típicamente por su especial valor económico.

Por otra parte, las expectativas de las partes objetivamente determinables servirán para excluir la aplicación de un ordenamiento que las partes no hubieran podido prever. Se ha insistido también en relativizar el impacto de determinados índices. En esta línea, circunstancias como el lugar de celebración, la moneda de pago y el idioma de redacción del contrato son elementos con frecuencia circunstanciales (además de externos a la relación negocial). Otros elementos, como las cláusulas de elección de foro y las referencias al contenido material de un ordenamiento tienen un peso necesariamente limitado en la determinación objetiva de la ley aplicable, pues operan, normalmente, al valorar, en el marco del artículo 3 del Reglamento si existe una elección tácita de la ley aplicable<sup>22</sup>.

Una reflexión específica merecen los contratos de cesión o licencia recíproca. La configuración de estos contratos, en los que la prestación básica de ambas partes presenta idéntica naturaleza, hace que la determinación de la ley aplicable en defecto de elección suscite problemas particulares, por no ser posible apreciar un prestador característico. En consecuencia, resulta preciso determinar en cada caso cuál es el país más vinculado con el contrato. Como elemento determinante de la mayor proximidad debe ser retenido el hecho de que todos los contratantes tengan su

---

<sup>22</sup> *Vid.* M. Scherer, “Le choix implicite dans les jurisprudences nationales: vers une interpretation uniforme du Règlement? – L’exemple du choix tacite resultant des clauses attributives de jurisdiction et d’arbitrage”, S. Corneloup y N. Joubert, *Le règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux*, París, Litec, 2011, pp. 253-283.

establecimiento en el mismo país, si bien la residencia habitual común no es frecuente en la contratación internacional. En su defecto, en el caso de que los derechos de propiedad industrial objeto del contrato sean de un mismo país (o la explotación del know-how se refiera sólo a un país), ése será, en principio el que presente los vínculos más estrechos.

## **VI.- Cláusula de excepción**

El apartado 3 del artículo 4 del Reglamento Roma I incorpora la llamada cláusula de escape, ideada para asegurar el respeto al criterio de proximidad en la determinación de la ley aplicable, que introduce un cierto elemento de flexibilidad y atribuye un cierto margen de apreciación a los tribunales, frente al modelo inicial contenido en la Propuesta de la Comisión de 2005, que transformaba las presunciones en reglas fijas y eliminaba la cláusula de escape, dando lugar a un régimen excesivamente rígido<sup>23</sup>. En virtud de esa cláusula, si 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, se aplicará la ley de este otro país. De acuerdo con esta norma, el principio de los vínculos más estrechos desempeña una función de corrección en la aplicación de las reglas de los apartados 1 y 2. El respeto al principio de proximidad exige limitar la operatividad de los apartados 1 y 2 en las situaciones que no se corresponden con los supuestos típicos y en las que esas reglas no sirven ya como expresión del principio de proximidad. La formulación de la cláusula de escape del artículo 4.3 del Reglamento pretende destacar su carácter excepcional, por lo que su operatividad se subordina a

---

<sup>23</sup> Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”, *RebelsZ*, 2007, pp. 225-344; P. Mankowski, “Der Vorschlag...”, *loc. cit.*, pp. 104-105; F. Ferrari, “Objektive Anknüpfung”, F. Ferrari y S. Leible, *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, JWV, 2007, pp. 57-87, p. 72; y B. Ubetazzi, *Il regolamento...*, *op. cit.*, pp. 76-77.

que la mayor vinculación con ese país sea manifiesta y se desprenda claramente de las circunstancias del contrato.

Con esos términos, que no figuran en el texto de la cláusula de escape equivalente del Convenio de Roma, se busca poner fin a la diferencia de criterios manifestada por la jurisprudencia de los Estados miembros en lo relativo a la interacción entre las presunciones del artículo 4 Convenio de Roma y su apartado 5. En algunos Estados miembros se había impuesto una interpretación amplia y flexible del empleo de la cláusula de escape que debilitaba las presunciones<sup>24</sup> y afectaba negativamente la previsibilidad en la determinación de la ley del contrato, mientras que otros tribunales habían optado por una interpretación excepcional de la cláusula de escape, más acorde con el que parecía ser su auténtico significado en el conjunto del artículo 4 del Convenio<sup>25</sup>.

Frente al criterio de que de la cláusula de escape del artículo 4.5 del Convenio resultaba la necesidad de que el aplicador determinara en cada caso cuál es el país más vinculado con el contrato, sin que el criterio general de la prestación característica limitara, en modo alguno, la necesidad de ese examen individualizado

---

<sup>24</sup> Ese ha sido el enfoque adoptado normalmente por los tribunales ingleses, en particular en los supuestos en los que la sede del prestador característico no coincide con el lugar de ejecución de esa prestación, como ilustran las decisiones en los asuntos *Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd* ([2002] CLC 533), *Kernburn Waste Management Ltd v Bergmann* ([2002] CLC 644) and *Definitely Maybe Touring Ltd. v. Marek Lieberberg Konzertagentur GmbH* ([2001] 2 *Lloyd's Rep.* 455). *Vid.* J. Hill, “Choice of Law in Contract under the Rome Convention: the Approach of the UK Courts”, *ICLQ* 2004, pp. 325-350, pp. 339-343. En una línea similar cabe reseñar en Italia la decisión de la *Corte di Cassazione* de 10 de marzo 2000, *Krauss Maffei Ver-fahrenstechnik GmbH, Kraus Maffei AG v. Bristol Myers Squibb S.p.A.* También ha sido el planteamiento adoptado por los tribunales daneses, *vid.* O. Lando y P. Nielsen, “The Rome...”, *loc. cit.*, p. 1.701.

<sup>25</sup> Gran notoriedad ha alcanzado la jurisprudencia holandesa, en concreto la decisión del *Hoge Raad* de 25 de septiembre de 1992 en el asunto *Société Nouvelle des Papéteries v. Maschinenfabrik*; *vid.* S. Rammeloo, ‘Die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 und Abs. 5 EVÜ: Eine niederländische Perspektive’, *IPRax* 1994, pp. 243-248; y T. Struycken, ‘Some Dutch Reflections on the Rome Convention, Art 4(5)’, *LMCLQ* 1996, p 18. Planteamientos similares acerca del carácter fuerte de la presunción pueden encontrarse en la jurisprudencia alemana, como en la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 25 de febrero de 1999 (*NJW* 1999, at 2442-2443); en España en la sentencia de la Aud. Prov. de Barcelona de 21 de marzo de 2003 (*JUR* 2003, 199804); y en Escocia, en concreto en la decisión en el asunto *Caledonian Subsea Ltd. v. Micoperi Srl* ([2001] SC 716 (OH); 2003 SC 70).

del supuesto concreto, el artículo 4.3 Reglamento Roma I viene a confirmar que, cuando se dan las circunstancias para aplicar las reglas preferentes –por encajar el contrato en alguno de los tipos del apartado 1 o, en su defecto, por ser posible determinar la residencia habitual del prestador característico- el planteamiento correcto es el que limita el juego de la cláusula de escape a supuestos específicos en los que la aplicación de las reglas previas conduzcan a un resultado abiertamente incompatible con el criterio de proximidad. Cabe entender que, para salvaguardar el logro de su objetivo básico de seguridad jurídica esa era ya la interpretación correcta en el marco del artículo del 4 Convenio, en el que, por ejemplo, el significado de la presunción de la prestación característica impide considerar como aplicable normalmente la ley del lugar de ejecución cuando éste no coincide con el del domicilio del prestador característico.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 2009 en el asunto *ICF*<sup>26</sup>, resulta clave en lo relativo a la relación entre las presunciones de los apartados 2 a 4 del artículo 4 del Convenio de Roma con su apartado 5. Precisamente, esta cuestión prejudicial fue planteada por el *Hoge Raad* holandés, uno de los países cuyos tribunales habían tomado partido con mayor rotundidad a favor de la interpretación del artículo 4 del Convenio en el sentido de que en los contratos en los que cabe identificar una prestación característica o la posibilidad de que operen las otras presunciones, el recurso a otro ordenamiento como más vinculado con la situación -en el marco del art. 4.5 Convenio de Roma- debe quedar limitado a supuestos específicos, en los que la sede del prestador característico resulte inapropiada como expresión de conexidad entre el contrato y el país en cuestión. De hecho, el máximo órgano judicial holandés ya había establecido en la mencionada Sentencia del *Hoge Raad* de 25 septiembre 1992 en el asunto *Société Nouvelle des Papéteries c. BV Machinenfabriek* que, cuando se trata de un contrato en el que se puede determinar la prestación característica, el recurso al artículo 4.5 del Convenio debe ser excepcional, siendo

---

<sup>26</sup> STJCE de 6 de octubre de 2009, C-133/08, *ICF*.

posible sólo si la sede del contratante que debe realizar la prestación característica no resulta expresión de vinculación real alguna, por lo que respecto de un contrato de compraventa consideró que la ley aplicable debía ser la de la residencia del vendedor (Países Bajos), aunque las negociaciones previas, la celebración del contrato y el lugar de entrega de los bienes se localizaran en el país donde la empresa compradora tuviera su sede (Francia). Dicha sentencia del *Hoge Raad* de 1992 había sido pronunciada en una época en la que el Tribunal de Justicia no era competente para interpretar el Convenio de Roma -pues su competencia para pronunciarse sobre las peticiones de decisión prejudicial relativas al Convenio se basa en el Primer Protocolo, que entró en vigor el 1 de agosto de 2004- y que, como ha quedado señalado, en el periodo transcurrido desde entonces diversos órganos judiciales de Estados miembros –como es el caso de los tribunales ingleses en el Reino Unido- habían interpretado en sentido muy diferente la interacción entre la cláusula de escape del apartado 5 del artículo 4 y las presunciones, al considerar necesario que el aplicador determinara en cada caso cuál es el país más vinculado con el contrato, sin que las presunciones de los apartados 2 a 4 excluyeran la necesidad de ese examen individualizado del supuesto concreto.

En la fundamentación de su respuesta por el Tribunal, ocupa un lugar destacado la referencia al objetivo de garantizar un elevado nivel de seguridad jurídica en las relaciones contractuales como uno de los rasgos esenciales del artículo 4 del Convenio, según los apartados 55 y 62 de la Sentencia. Esta decisión vino a confirmar que la cláusula de corrección del artículo 4.5 del Convenio debía interpretarse de manera restrictiva, pues el juez debe proceder a determinar la ley aplicable basándose siempre en las presunciones, salvo cuando del conjunto de circunstancias resulte claramente que el contrato presenta lazos más estrechos con un país distinto del designado sobre la base de las presunciones (apartados 62 y 63). Esta restricción adicional de que la mayor vinculación con otro país deba resultar “claramente”, que el Tribunal deduce de la estructura y finalidad del artículo 4 pese a

que no figura en su texto se corresponde con el criterio de quienes se oponían a la idea de que el apartado 5 hacía necesario que el aplicador precisara en cada caso cuál es el país más vinculado con el contrato a los efectos de determinar la ley aplicable, sin que las presunciones limitaran la necesidad de ese examen individualizado del supuesto concreto. Este enfoque restrictivo de la cláusula de corrección basada en el principio de proximidad se corresponde con la redacción del artículo 4.3 Reglamento Roma I (y también del artículo 4.3 Reglamento Roma II) y logra un equilibrio razonable entre la exigencia de seguridad jurídica y la necesidad de hacer justicia en casos individuales, teniendo en cuenta el significado de la seguridad jurídica en el ámbito de los contratos internacionales y el valor como elemento de integración de las normas comunitarias en la materia. Precisamente la formulación restrictiva del artículo 4.3 del Reglamento, pues la corrección fundada en el principio de proximidad sólo opera si del conjunto de circunstancias se “desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos” con un país distinto, tiene por objeto evitar las dificultades interpretativas derivadas de la ausencia previa de jurisprudencia del Tribunal de Justicia acerca de las relaciones entre el apartado 5 y los demás apartados del artículo 4 del Convenio.

En consecuencia, la cláusula de escape del artículo 4.3 Reglamento Roma I no hace necesario, en todo caso, un examen de las circunstancias del supuesto concreto para determinar la ley aplicable. Habida cuenta de la imprevisibilidad y falta de seguridad jurídica que derivan del simple recurso al país en cada caso más vinculado con el contrato, el Reglamento Roma I incorpora en su artículo 4.1.º y 2.º ciertas reglas con el objetivo de dotar de certeza a la determinación objetiva de la ley aplicable. Consecuentemente, en los contratos comprendidos en alguna de las categorías del apartado 1 y aquellos en los que sea posible determinar la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica, la ley aplicable viene determinada por lo dispuesto en los apartados 1 y 2, de modo que la posibilidad de acudir a otro ordenamiento como más vinculado con la situación —en el marco del

art. 4.3 Reglamento— debe quedar limitada a supuestos específicos y excepcionales en los que las reglas del apartado 1 o la sede del prestador característico resulten manifiestamente inapropiadas como expresión de conexidad entre el contrato y el país en cuestión, siendo en el caso concreto incompatibles con la ratio inspiradora del artículo, por no ser los elementos retenidos indicación de proximidad determinante con el contrato en el supuesto concreto.

En general, con respecto al apartado 2, serán relevantes a estos efectos los supuestos en los que la sede del prestador característico, en el momento de la celebración del contrato sea sólo un elemento circunstancial de muy limitado o nulo impacto sobre la economía del contrato. Entre las situaciones en las que el resultado que se deriva de los aps. 1 y 2 puede contrariar abiertamente el principio de proximidad —y justificar el empleo del artículo 4.3.º Reglamento— se encuentran, en particular, aquellas en las que el contrato se integra en un marco organizativo o de cooperación más amplio, es decir, situaciones en las que el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otros contratos, como cuando existen contratos conexos. Por ejemplo, esa situación puede darse en el caso de contratos accesorios de un acuerdo de *joint-venture* o un contrato de fianza respecto de obligaciones asumidas en otro contrato. En este sentido, la circunstancia de que un contrato constituya una unidad funcional con otro —u otros— puede ser determinante de que la mayor vinculación con un determinado país deba predicarse del conjunto negocial y no de cada uno de los contratos encaminados al logro del objetivo común. Constatación que conduciría, en aplicación del artículo 4.3 del Reglamento Roma I a localizar el contrato en cuestión (por ejemplo, el contrato que tiene carácter accesorio o el contrato de fianza) de modo unitario con el marco organizativo en el que se integra, marginando una localización independiente. En esta línea, al fijarse en el artículo 4.1.c) del Reglamento Roma I como localizador un elemento (lugar donde se encuentra el bien inmueble) independiente de la sede de los contratantes, el hecho de que ambos contratantes tengan su sede en un mismo país, distinto de aquel en el que

se encuentra el inmueble, puede ser determinante para fundamentar el recurso al artículo 4.3 del Reglamento, si bien para muchos de los supuestos en los que esto resultaría apropiado el art. 4.1.d) conduce directamente a esa solución.

En el contexto de la contratación internacional sobre propiedad industrial e intelectual, a la que antes se ha hecho referencia, la posibilidad de corregir el resultado basado en la prestación característica (arts. 4.3.º Reglamento Roma I y 4.5.º Convenio de Roma) acudiendo al ordenamiento de otro país como más vinculado se suscita en estos contratos básicamente en dos situaciones. En primer lugar, cuando un contrato forma una unidad funcional con otro u otros (por ejemplo, una licencia integrada en una operación de *joint venture*), la localización separada a través de la presunción de la prestación característica puede atentar contra la unidad del conjunto negocial. En segundo lugar, si el contrato tiene por objeto derechos de propiedad industrial de un solo país cabe pensar que puede haber contratos que presenten una manifiesta (mayor) vinculación con el país de protección, en cuyo ámbito socio-económico se integra de modo decisivo el contrato, enfoque que se corresponde además con el fundamento que inspira el art. 4.1.c) en materia de contratos sobre bienes inmuebles. En todo caso, el alcance y significado de la cláusula de escape determinan que esta última posibilidad resulte en la práctica excepcional.

## **VII. Perspectiva comparada: la Convención interamericana de México**

Desde la perspectiva comparada resulta de interés valorar si la evolución de las normas sobre ley aplicable a falta de elección en el seno de la UE llevada a cabo como consecuencia de la adopción del Reglamento Roma I aproxima el modelo europeo o lo aleja a un más del establecido en la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 17 de marzo de 1994, suscrita en México DF el 17 de marzo de 1994 en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP - V). La Convención

interamericana se elaboró sobre la base de la experiencia del Convenio de Roma de 1980 del que deliberadamente se alejó al menos parcialmente en algunos aspectos, en concreto en el relativo a la determinación del derecho aplicable al contrato a falta de elección por las partes, que es el único aspecto objeto aquí de análisis<sup>27</sup>. Aunque, condicionada por su escasa aceptación<sup>28</sup>, la Convención interamericana ha ejercido una influencia en los legisladores de otras zonas del mundo mucho menor que el Convenio de Roma, pero constituye un elemento de referencia obligada en América<sup>29</sup>. Además, precisamente por su carácter en parte de alternativa a las soluciones del Convenio de Roma justifica una valoración de si la revisión del modelo de la UE ha ido unida a un acercamiento a las posiciones de la Convención interamericana.

El equivalente del artículo 4 del Reglamento Roma I es básicamente el artículo 9 de la Convención interamericana. Esta norma, en línea con lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio de Roma establece en su apartado 1 como punto de partida que: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección no resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.” Pese a adoptar el mismo criterio de partida, la Convención interamericana se basa en un enfoque mucho más flexible que el modelo europeo en lo que se refiere a la determinación del país con el que contrato presenta los vínculos más estrechos –y muy alejado del enfoque prevalente en los países de Iberoamérica<sup>30</sup>–, pues optó por no establecer reglas de concreción, limitándose a prever que: “El

---

<sup>27</sup> En particular, queda al margen del presente análisis la eventual aplicación de normas extraestatales en el marco de la autonomía de la voluntad, cuestión ampliamente debatida en el proceso de elaboración del Reglamento Roma I, *vid.* P.A. de Miguel Asensio, “Contratación...”, *loc. cit.*, pp. 320-322; y E. Loquin, “Rome I et les principes et règles de droit matériel international des contrats”, S. Corneloup y N. Joubert, *Le règlement...*, *op. cit.*, pp. 119-136.

<sup>28</sup> La información general sobre el estado de firmas y ratificaciones de la Convención puede consultarse en <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>>.

<sup>29</sup> *Vid.* L. Pereznieta Castro, “Contratación internacional en América Latina: Introducción General”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 615-624, p. 621.

<sup>30</sup> *Cf.* R.B. Santos Balandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Montevideo, FCU, 1996, p. 11, haciendo referencia a que la solución de la Convención contrasta con la tradicional preocupación de esos países “por hacer que el rol del juez se halle acotado”.

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”.

Esta formulación de la Convención interamericana se presta a un juicio crítico en la medida en que no facilita la determinación por los jueces de la ley aplicable (por ejemplo, los Principios de UNIDROIT no incorporan ninguna regla sobre determinación de la ley del contrato). La inclusión de ese precepto es producto de la acogida de un planteamiento opuesto a la utilización de la técnica conflictual para determinar el régimen jurídico de los contratos internacionales<sup>31</sup>. Mientras que el apartado 1 de ese artículo prevé el empleo de la técnica conflictual, al establecer la aplicación del Derecho del Estado con el que el contrato presente los vínculos más estrechos; el apartado 2, en lugar de aportar criterios que guíen a los tribunales en la determinación de la ley del contrato, prevé la toma en consideración de los usos del comercio internacional en una fase (la relativa a la precisión del ordenamiento estatal aplicable) en el que prácticamente nada pueden aportar. Una cosa es que la ley (estatal) del contrato tenga una trascendencia práctica limitada incluso ante los tribunales estatales -en particular porque la precisión del concreto ordenamiento que desempeña ese papel no es siempre necesaria para dar respuesta a las cuestiones litigiosas- y que en el régimen jurídico material de los contratos internacionales las reglas extraestatales tengan una creciente importancia, y otra, muy distinta, es que ese tipo de reglas aporten soluciones cuando de lo que se trata es de determinar la ley (estatal) del contrato<sup>32</sup>.

Frente al modelo de la Convención interamericana, el artículo 4 del Reglamento Roma I, como demuestran en particular las novedades introducidas en

---

<sup>31</sup> Vid. F.K. Juenger, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, *AJCL*, vol. XLII, 1994, pp. 381-393, p. 391.

sus apartados 1 y 3, ha optado por reforzar la búsqueda de la seguridad jurídica en la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos, con el objetivo de favorecer la aplicación uniforme de sus normas en todos los Estados miembros y dotar de mayor previsibilidad al régimen jurídico de los contratos internacionales.

---

<sup>32</sup> P.A. De Miguel Asensio “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, núm. 4, *Ottobre-Dicembre*, 1998, pp. 859-883, pp. 881-882.