



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

CONTRATACIÓN INTERNACIONAL Y ESPACIO JUDICIAL EUROPEO: EL PRINCIPIO DE PROXIMIDAD EN EL REGLAMENTO ROMA I

Autor

Ortiz Vidal, María Dolores

Director/es

Carrascosa González, Javier
Diago Diago, Pilar

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Privado
2012



**UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
DEPARTAMENTO DERECHO PRIVADO
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**CONTRATACIÓN INTERNACIONAL Y
ESPACIO JUDICIAL EUROPEO:
EL PRINCIPIO DE PROXIMIDAD EN EL REGLAMENTO
*ROMA I***

TESIS DOCTORAL

M^a DOLORES ORTIZ VIDAL

Dirigida por el PROF. DR. D. JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA

Dirigida por la PROF. DRA. D^{ña}. M^a PILAR DIAGO DIAGO
PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD DE
ZARAGOZA.

ZARAGOZA, ENERO 2012

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	13
-------------------	----

CAPÍTULO I

EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.

1. Antecedentes: construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.....	17
2. El artículo 81 TFUE y la conversión del DIPr. en Derecho de la UE.....	22
3. El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: la búsqueda del concepto.....	27
A) La división del mundo en Estados soberanos.....	27
B) El espacio judicial europeo y el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.....	28
C) Herramientas necesarias para la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.....	30
a) Supresión de barreras jurídico-públicas a los intercambios transfronterizos.....	31
b) Supresión de barreras jurídico-privadas a los intercambios transfronterizos.....	31
c) El DIPr. y el espacio judicial europeo: Competencia judicial internacional, Ley aplicable y Eficacia extraterritorial de decisiones.	33
4. El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y el derecho fundamental del ciudadano de la UE a circular y residir libremente en el territorio de la UE (art. 21 TFUE).....	35
5. Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y DIPr.: el espacio judicial europeo y el intercambio internacional.....	35
6. Técnicas para la creación y el establecimiento progresivo de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE.....	37
A) El principio de mutuo reconocimiento.....	37
B) La unificación de las normas de conflicto de leyes.....	45
C) Unificación de las normas sobre competencia judicial internacional.....	49

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE PROXIMIDAD EN EL REGLAMENTO ROMA I: NORMAS DE CONFLICTO *EFICIENTES* Y CONTRATO INTERNACIONAL.

1.	La selección de los puntos de conexión en materia de contratos.....	51
	A) Necesidad del intercambio internacional.....	51
	B) Función del contrato y función de la norma de conflicto de leyes en el intercambio internacional.....	53
	C) El DIPr.: mecanismo legal de reducción de conflictos en el comercio internacional.....	56
	D) Costes asociados al intercambio internacional: costes de litigación internacional (costes jurisdiccionales) y costes conflictuales.....	58
	E) Reducción de los costes conflictuales.....	63
2.	Definición de “proximidad” y “vínculos más estrechos”.....	68
	A) Aspectos generales del principio de proximidad.....	68
	a) Evolución histórica del principio de proximidad en la esfera contractual.....	68
	b) La tesis del principio de proximidad y su homóloga “ <i>The Proper Law of the Contract Doctrine</i> ”.....	69
	c) Configuración del principio de proximidad y de la noción “vínculos más estrechos”.....	71
	d) Respuestas a los interrogantes que suscita el principio de proximidad.....	74
	1º) Primera cuestión: ¿Resulta compatible el principio de proximidad con la seguridad jurídica internacional?.....	75
	2º) Segunda cuestión: ¿Qué vinculación existe entre el principio de proximidad y la prueba del Derecho extranjero?.....	76
	3º) Tercera cuestión: ¿El principio de proximidad “invalida” la norma de conflicto de leyes?.....	77
	4º) Cuarta cuestión: ¿Coincide el concepto “vínculo más estrecho” con el punto de conexión “residencia habitual del prestador característico”?.....	79
	5º) Quinta cuestión: ¿Se halla presente el principio de proximidad en el supuesto de “ <i>dépeçage</i> ”?.....	79
	6º) Sexta cuestión: ¿Cuál es la incidencia del principio de proximidad en las normas de conflicto del siglo XXI?.....	80
	7º) Séptima cuestión: ¿Limita el principio de proximidad la Ley elegida libremente por las partes contratantes?.....	81
	B) DIPr. de contratos y Principio de <i>eficiencia</i>	82
	a) Estrategias de <i>eficiencia</i> legal dirigidas a crear un DIPr. <i>eficiente</i>	84
	b) Puntos de conexión <i>eficientes</i>	85
	C) La <i>localización eficiente</i> de un contrato internacional.....	87
3.	Autonomía de la voluntad, proximidad y <i>eficiencia</i>	89
	A) Aspectos técnicos de la autonomía de la voluntad de la parte.....	89
	a) Autonomía de la voluntad conflictual: concepto y evolución histórica.....	89

b)	Autonomía de la voluntad conflictual: requisitos para una válida elección de Ley por las partes contratantes.....	91
c)	Análisis del art. 3 Reglamento Roma I: libre elección de Ley aplicable al contrato por las partes y cláusula anti-fraude de Ley internacional.....	98
d)	Autonomía de la voluntad conflictual y unificación del Derecho de los contratos.....	105
e)	Ventajas e inconvenientes que suscita el criterio “autonomía de la voluntad” en el intercambio internacional.....	107
f)	Autonomía de la voluntad conflictual y localización objetiva del contrato internacional.....	112
B)	Test de <i>eficiencia</i> y autonomía de la voluntad conflictual.....	115
4.	Ley aplicable al contrato en defecto de elección.....	121
A)	Los elementos empleados como puntos de conexión en el ámbito contractual: análisis técnico y test de <i>eficiencia</i>	122
a)	Ley nacional común y Ley nacional de una sola de las partes contratantes.....	123
b)	Ley de la residencia habitual del prestador característico.....	126
1º)	Evolución histórica.....	126
2º)	Determinación de la residencia habitual del prestador característico.....	127
3º)	Análisis de la teoría de la prestación característica en el Convenio de Roma y en el Reglamento “Roma I”.....	130
4º)	Ventajas e inconvenientes que presenta la teoría de la prestación característica.....	134
5º)	Lagunas legales que presenta la teoría de la prestación característica y los mecanismos jurídicos dirigidos a su integración.....	140
6º)	La Ley del país de la residencia habitual del prestador característico como Ley aplicable al contrato internacional: ¿punto de conexión <i>eficiente</i> ?.....	142
c)	Ley del país hacia el que se dirige la oferta (Tesis de la “ <i>International Stream of Commerce</i> ”).....	145
1º)	Configuración de la tesis de la “ <i>International Stream of Commerce</i> ”.....	145
2º)	Ley del país de recepción de la oferta como Ley aplicable al contrato internacional: ¿punto de conexión <i>eficiente</i> ?.....	147
d)	Ley del país del lugar de celebración del contrato.....	148
e)	Ley del país del lugar de ejecución del contrato.....	152
B)	Cláusula de excepción. Proximidad y <i>eficiencia</i>	158
C)	Cláusula de cierre. Proximidad y <i>eficiencia</i>	164
5.	El Reglamento “Roma I” y la Ley aplicable al contrato: las soluciones del legislador de la UE. Proximidad, <i>eficiencia</i> y seguridad jurídica.....	167
A)	El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980: autonomía de la voluntad conflictual y principio de proximidad.....	167
B)	El Reglamento “Roma I”: autonomía de la voluntad conflictual y principio de proximidad.....	173
a)	La metamorfosis del art. 4 Convenio de Roma al art. 4 Reglamento “Roma I”.....	174

b) El nuevo enfoque del art. 4 Reglamento “Roma I”.....	182
c) Análisis técnico y test de <i>eficiencia</i> del art. 4.1 Reg. Roma I.....	184
d) Análisis técnico y test de <i>eficiencia</i> de los arts. 4.2, 4.3 y 4.4 Reg. Roma I.....	188
C) Localización <i>eficiente</i> del contrato internacional y Derecho de la UE: Convenio de Roma <i>versus</i> Reglamento “Roma I”	190

CAPÍTULO III

PRINCIPIO DE PROXIMIDAD Y REGLAMENTO ROMA I: ANÁLISIS DE LOS CONCRETOS TIPOS CONTRACTUALES.

1. Análisis de la Ley aplicable a los ocho contratos regulados en el art. 4.1 Reg. Roma I desde el punto de vista de la <i>eficiencia</i> conflictual.....	197
A) El Reglamento “Roma I”, la tipicidad de los contratos y la <i>eficiencia</i> conflictual.....	197
B) Contrato de compraventa de mercaderías (art. 4.1.a) Reg. Roma I): Ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual.....	201
a) Aspectos generales del contrato de compraventa de mercaderías.....	201
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato de compraventa de mercaderías.....	203
1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	203
2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	209
3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	210
C) Contrato de prestación de servicios (art. 4.1.b) Reg. Roma I): Ley del país donde el prestador tenga su residencia habitual.....	212
a) Aspectos generales del contrato de prestación de servicios.....	212
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato de prestación de servicios.....	215
1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	215
2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	217
3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	219
D) Contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble (art. 4.1.c) Reg. Roma I): Ley del país donde esté sito el bien inmueble.....	221
a) Aspectos generales del contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble.....	221
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble.....	222
1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	223
2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	224
3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	225

E) Contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos (art. 4.1.d) Reg. Roma I): Ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en el mismo país.....	227
a) Aspectos generales del contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos.....	228
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos.....	228
1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	229
2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	230
3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	231
F) Contrato de franquicia (art. 4.1.e) Reg. Roma I): Ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual.....	233
a) Aspectos generales del contrato de franquicia.....	233
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato de franquicia.....	236
1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	236
2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	238
3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	240
G) Contrato de distribución (art. 4.1.f) Reg. Roma I): Ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual.....	242
a) Aspectos generales del contrato de distribución.....	242
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato de distribución.....	243
1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	243
2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	246
3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	247
H) Contrato de venta de bienes mediante subasta (art. 4.1.g) Reg. Roma I): Ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse.....	252
a) Aspectos generales del contrato de venta de bienes mediante subasta.....	252
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato de venta de bienes mediante subasta.....	253
1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	253
2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	255
3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	256

I)	Contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros (art. 4.1.h) Reg. Roma I): Ley que rige el mercado regulado en el que se celebran estos contratos sobre instrumentos financieros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE.....	258
	a) Aspectos generales del contrato celebrado en un sistema multilateral sobre instrumentos financieros de múltiples terceros.....	258
	b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para los contratos celebrados en un sistema multilateral sobre instrumentos financieros de múltiples terceros.....	260
J)	Art. 4.1 Reglamento “Roma I”: <i>eficiencia</i> conflictual vs. automatismo...	260
2.	Análisis de la Ley aplicable a los contratos que no pertenecen al listado de los ocho contratos (art. 4.2 Reg. Roma I).....	262
3.	Test de <i>eficiencia</i> de los contratos que se rigen por el art. 4.2 Reg. Roma I..	263
A)	Contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial...	264
	a) Aspectos generales del contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial.....	264
	b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial.....	265
	1º Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	265
	2º Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	267
	3º Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	269
B)	El contrato estimatorio.....	271
	a) Aspectos generales del contrato estimatorio.....	271
	b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato estimatorio.....	272
	1º Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	272
	2º Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	273
	3º Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	275
C)	Contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil.....	277
	a) Aspectos generales del contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil.....	277
	b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil.....	277
	1º Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	277
	2º Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	279
	3º Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	280
D)	Consideraciones críticas: los contratos que no se encuentran cubiertos por lo establecido en el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I y puntos de conexión <i>eficientes</i> en el Reglamento “Roma I”.....	282

4. Análisis de la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I...	285
5. Test de <i>eficiencia</i> de los contratos cuya Ley aplicable se determina a través del art. 4.3 Reg. Roma I.....	287
A) Contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta carácter temporal o circunstancial.....	287
a) Aspectos generales del contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta carácter temporal o circunstancial.	287
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta carácter temporal o circunstancial.....	288
1º Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	288
2º Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	289
3º Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	291
B) Algunos contrato sobre bienes inmuebles.....	292
a) Aspectos generales de algunos de los contratos sobre bienes inmuebles.....	292
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para los contratos sobre bienes inmuebles.....	293
1º Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	293
2º Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	294
3º Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	296
C) Contratos íntegramente ejecutados en “mercados regulados”.....	298
a) Aspectos generales de los contratos íntegramente ejecutados en “mercados regulados”.....	298
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato íntegramente ejecutado en “mercado regulado”.....	298
1º Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	298
2º Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	299
3º Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	301
D) Contratos accesorios.....	303
a) Aspectos generales de los contratos accesorios.....	303
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato accesorio.....	303
1º Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	303
2º Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	305
3º Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	306
E) Consideraciones críticas: la cláusula de excepción y puntos de conexión <i>eficientes</i> en el Reglamento “Roma I”.....	308
6. Análisis de la cláusula de cierre contenida en el art. 4.4 Reg. Roma I.....	310
7. Test de <i>eficiencia</i> de algunos de los contratos que se rigen por el art. 4.4 Reg. Roma I.....	312
A) Contrato de permuta de bienes inmuebles.....	312

a) Aspectos generales del contrato de permuta de bienes inmuebles....	312
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato de permuta de bienes inmuebles.....	312
1º Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	312
2º Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	314
3º Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	316
B) Contrato de <i>Joint-Venture</i>	317
a) Aspectos generales del contrato de <i>Joint-Venture</i>	317
b) Test de <i>eficiencia</i> de los puntos de conexión previstos para el contrato de <i>Joint-Venture</i>	318
1º Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980).....	318
2º Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005).....	319
3º Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008).....	320
C) Consideraciones críticas: la cláusula de cierre y puntos de conexión <i>eficientes</i> en el Reglamento “Roma I”.....	322
CONCLUSIONES.....	325
ANEXO I: TABLA “CONTRATO – LEY APLICABLE”.....	337
ANEXO II: ÍNDICE FINAL DE TABLAS.....	347
BIBLIOGRAFÍA.....	353

ABREVIATURAS

TEXTOS LEGALES

Carta DFUE 2007	Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 12 diciembre 2007
CB	Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
CC	Código civil
CCom.	Código de comercio
CE	Constitución española de 27 diciembre 1978
CEDH	Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950
CH 1993	Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional
CH 1996	Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996.
CIC	<i>Codex Juris Canonici</i> (Código de Derecho Canónico de 25 enero 1983)
CLug	Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
CLug.II	Convenio de Lugano de 30 octubre 2007 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
CR	Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales
CVDT 1969	Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969
CVIM	Convenio de Viena de 11 abril 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías
CW	Convenio de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 18 mayo 1965
Dir.CE	Directiva 2000/31/CE de 8 junio 2000 sobre el comercio electrónico
LAI	Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional
LArb.	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
LCCh	Ley 19/1985 de 16 de julio, cambiaria y del cheque
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal
LCon	Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal
LCGC	Ley 7/1998 de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación
LCS	Ley 50/1980 de contrato de seguro
LDef.Comp.	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
LEC	Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil de 7 enero 2000
LEC 1881	Ley de enjuiciamiento civil de 3 febrero 1881
LET	Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
LM	Ley 17/2001, de 7 diciembre, de Marcas
LMV	Ley 24/1988 de 28 de julio de mercado de valores
LOPJ	Ley orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial
LDatos	Ley orgánica 15/1999 de 13 diciembre de protección de datos de carácter personal
LPat.	Ley 11/1986 de 20 de marzo, de patentes
LPHist.	Ley 16/1985 de 25 de junio del patrimonio histórico
LPI	Ley de propiedad intelectual, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
LRC	Ley del Registro civil de 8 junio 1957
LSA	Ley de sociedades anónimas aprobada por Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 diciembre

LSSI	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
PLH 2007	Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias
R.44/2001	Reglamento del Consejo 44/2001 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
Reg. Roma I	Reglamento (CE) Núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)
Reg. Roma II	Reglamento (CE) Núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).
Reg. 1259/2010	Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial
RN	Reglamento sobre organización y régimen del notariado de 2 junio 1944
RRC	Reglamento del Registro civil aprobado por Decreto de 14 noviembre 1958
RRM	Reglamento del Registro mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996 de 19 julio
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea hecho en Roma el 25 marzo 1957 en su redacción dada por el Tratado de Lisboa de 13 diciembre 2007
TPCc.	Título Preliminar del Código civil
TR LGDCU 2007	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre
TRLSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TUE	Tratado de la Unión Europea hecho en Maastrich el 7 febrero 1992, en su redacción dada por el Tratado de Lisboa de 13 diciembre 2007
TRLOSSP	Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre (texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados)

ORGANISMOS

AP	Audiencia Provincial
AT	Audiencia Territorial
CA	Cour d'Appel - Court of Appeal - Corte di appello
Cass. Italia	Corte di Cassazione (s.u. - sezioni unite) de Italia
Cass. Francia	Cour de Cassation de Francia
CIEC	Comisión internacional del estado civil
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
GATT	<i>General Agreement of Transfer and Trade</i>
HC	High Court
OMC	Organización Mundial de Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJI	Tribunal de Justicia internacional
TPJI	Tribunal Permanente de Justicia internacional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

PUBLICACIONES JURÍDICAS

AC	<i>Actualidad civil</i>
Act.TJCE/TPI	<i>Actividades del TJCE y Tribunal de Primera Instancia</i>
ADC	<i>Anuario de Derecho civil</i>
ADI	<i>Anuario de Derecho internacional</i>
AEDIP	<i>Anuario Español de Derecho internacional privado</i>
AESJ	<i>Anuario de la Escuela de Estudios Sociales y jurídicos</i>
AFDI	<i>Annuaire française de droit international</i>
AIDI	<i>Annuaire Institut Droit international</i>
AIHLADI	<i>Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional</i>
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
AJCL	<i>The American Journal of Comparative Law</i>
An.DGRN	<i>Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i>
An.UNIDROIT	<i>Annuaire UNIDROIT</i>
ASDI	<i>Annuaire suisse de droit international</i>
BBTC	<i>Banca, Borsa, Titoli di credito</i>
BILJ	<i>Business International Law Journal / Revue de droit des affaires internationales</i>
BIMJ	<i>Boletín de información del Ministerio de Justicia</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
BYBIL	<i>British Yearbook of International Law</i>
Cah.DE	<i>Cahiers de droit européenne</i>
CDT	<i>Cuadernos de Derecho Transnacional</i>
CLJC	<i>Colección legislativa Jurisprudencia civil</i>
CMLR	<i>Common Market Law Review</i>
DCSI	<i>Diritto comunitario e degli scambi internazionali</i>
DI	<i>Diritto internazionale</i>
DOCE	<i>Diario oficial de las Comunidades Europeas</i>
DOUE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
DPCI	<i>Droit et practice du commerce international</i>
E.Dalloz DI	<i>Encyclopedie Dalloz droit international, París, 1968/69 (dir. PH.FRANCESKAKIS)</i>
EdD	<i>Enciclopedia del Diritto, Ed.Giuffré, Milán</i>
EJB	<i>Enciclopedia jurídica básica (Dir. A. MONTOYA MELGAR), Civitas, Madrid, 1995</i>
Eur.LR	<i>European Law Review</i>
EYIL	<i>European Yearbook of International Law</i>
ICLQ	<i>The International & Comparative Law Quarterly</i>
IECL	<i>International Encyclopedie of Comparative Law</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i>
IPrax	<i>Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts</i>
JDI Clunet	<i>Journal du droit international</i>
JOCE	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
JWTL	<i>Journal of World Trade Law</i>
NILR	<i>Netherlands International Law Review</i>
Not.CEEI	<i>Noticias CEE</i>
PJ	<i>Poder Judicial</i>
RabelsZ	<i>Zeitschrift für ausländisches und internationalen Privatrecht, fundada por E.Rabel</i>
R.	<i>Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia</i>
RCEA	<i>Revista de la Corte española de arbitraje</i>
RCADI	<i>Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye</i>
RCDIP	<i>Revue critique de droit international privé</i>
RDBB	<i>Revista de Derecho bancario y bursátil</i>
RDCE	<i>Revista de Derecho comunitario europeo</i>
RDEA	<i>Revista de Derecho español y americano</i>
RDI	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
RDIPP	<i>Rivista di Diritto internazionale privato e processuale</i>
RDN	<i>Revista de Derecho notarial</i>

<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho privado</i>
<i>Recopilación</i>	<i>Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea</i>
<i>Recueil</i>	<i>Recueil de la Cour de Justice de la Communauté Européenne</i>
<i>REDI</i>	<i>Revista española de Derecho internacional</i>
<i>Rev.Arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>RGD</i>	<i>Revista General de Derecho</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista general de legislación y jurisprudencia</i>
<i>RHDI</i>	<i>Revue hellénique de Droit international</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RIE</i>	<i>Revista de instituciones europeas</i>
<i>RIW</i>	<i>Recht der internationalen Wirtschaft</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista jurídica de Catalunya</i>
<i>RJ La Ley</i>	<i>La Ley. Revista jurídica española</i>
<i>RJ La Ley (CE)</i>	<i>La Ley. Revista jurídica española (suplemento Comunidades Europeas)</i>
<i>RRL</i>	<i>Revista de Relaciones laborales</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de Droit européen</i>
<i>RTDF</i>	<i>Revue trimestrielle de droit de la famille</i>
<i>TCFDIP</i>	<i>Travaux du Comité français de droit international privé</i>

OTRAS

<i>ad ex.</i>	<i>ad exemplum</i>
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ConDGRN	Consulta de la Dirección General de Registros y del Notariado
<i>d20min.</i>	<i>Diario 20 minutos</i>
<i>dABC</i>	<i>Diario ABC</i>
<i>dEP</i>	<i>Diario EL PAIS</i>
<i>dEM</i>	<i>Diario El MUNDO</i>
<i>dIG</i>	<i>Diario IDEAL de Granada</i>
DIPr.	Derecho internacional privado
DIPúb.	Derecho internacional público
FD	Fundamento jurídico
id.	<i>idem</i>
JPI	Juzgado de Primera Instancia
OM	Orden ministerial
p. / pp.	Página / páginas.
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
Res.	Resolución
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
Sent. Cass Italia	Sentencia de la <i>Corte di Cassazione</i> de Italia
Sent. Cass Francia	Sentencia de la <i>Cour de Cassation</i> de Francia
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil
STS CA	Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo
sent. / sents.	Sentencia / Sentencias
STJCE / STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (UE)

INTRODUCCIÓN

1. La Comunidad Europea pretendía, desde su creación, la realización de un mercado interior cuyo establecimiento y desarrollo resultaba una tarea longeva y costosa. Los primeros atisbos de creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia emergieron con la firma del Tratado de Roma (1957) y continuaron en el Consejo de Nápoles (1967), la Cumbre de La Haya (1969), la Declaración de Stuttgart (1983), la Cumbre de Milán (1985) y el Acta Única Europea (1986), cuyo objetivo consistía en la revisión del contenido del Tratado de Roma para reactivar la integración europea y procurar la realización de un mercado interior.

2. No obstante, los textos oficiales de Derecho de la UE se referían a tres expresiones: “mercado común” (utilizada por el Tratado CEE), “mercado interior” (usada en el Acta Única Europea) y “mercado único europeo” que eran consideradas aparentemente sinónimas si bien presentaban marcadas diferencias. El “mercado común” (art. 1 Tratado Constitutivo de la CECA y art. 2 Tratado CEE) constituía un espacio económico común a los Estados que formaban parte de la Comunidad Europea en el que el ciudadano podía actuar libremente en el ejercicio de los derechos que le fueran reconocidos en el Tratado y, en particular, respecto de las disposiciones previstas para el derecho fundamental a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. La pretensión del “mercado común” consistía también en alcanzar una liberalización de los intercambios comparable a la que regía en el territorio nacional, si bien para ello, desarrollaba políticas comunes en los distintos sectores de la vida económica. El “mercado interior” (art. 8 A Tratado CEE y art. 14 TCE) correspondía a un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estaba garantizada de conformidad con lo previsto en el Tratado CEE. En consecuencia, el concepto “mercado interior” parecía limitarse, con carácter exclusivo, al ejercicio de las cuatro libertades fundamentales contempladas en el Tratado CEE, si bien, el carácter limitador de la noción “mercado interior” desapareció desde el momento en el que éste se definió como un espacio “sin fronteras interiores”. Esta afirmación puso de relieve que el “mercado común”, a diferencia del “mercado interior”, conservaba la presencia de las fronteras aduaneras internas.

3. Con posterioridad, la firma en Maastrich del Tratado de la UE (1993) produjo un “salto cualitativo” en la medida en que pasó de la creación de un mercado interior al establecimiento de un espacio judicial europeo que iba más allá de una mera integración económica y previó la eliminación de las fronteras aduaneras internas. El Tratado de la

UE firmado en Maastrich se enriqueció progresivamente con nuevas capacidades y reforzó también la integración política y la cooperación judicial en materia civil entre los Estados miembros. En un momento ulterior, el Tratado de Ámsterdam (1997), si bien compartía un objetivo similar al propuesto en el Tratado de la UE firmado en Maastrich, dio un paso más dirigido a conseguir una plena “comunitarización” de la cooperación judicial en materia civil asociada también a la libre circulación de personas.

4. En consecuencia, el Derecho Comunitario “inicial” se fundamentaba en una “Comunidad de Comerciantes”, mientras que, el Derecho de la UE “actual” también toma en consideración la “Comunidad del Ciudadano”. Esta afirmación constituye el pilar de las reuniones del Consejo Europeo, celebrado en Tampere (1999) y Laeken (2001), que pretendían crear un auténtico espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Finalmente, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009) por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, uno de los objetivos de la UE consiste en la creación y el establecimiento progresivo de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia.

5. La UE respeta y acepta que cada Estado miembro es un ente soberano, con su sistema jurídico tradicional y sus normas de DIPr. La pregunta que surge es la siguiente, ¿Existe un DIPr. de la UE? La UE, manifiesta una tendencia político jurídica a operar en el mismo sentido a como actúa un único Estado, por lo que tiene que disponer de su DIPr. *A sensu contrario*, si la UE se estima formada por una serie de Estados miembros, su DIPr. debe ser un DIPr. particular. Ahora bien, a partir de dicha realidad, que no se pretende alterar, la UE tiene por objeto la creación de un auténtico espacio europeo de libertad seguridad y justicia que potencie el ejercicio de las libertades de la UE y un efectivo comercio internacional entre los Estados miembros.

6. La creación y el establecimiento progresivo de un verdadero espacio europeo de libertad, seguridad y justicia presenta una estrecha vinculación con la esfera de la contratación internacional en la medida en que pretenden la libre circulación de factores productivos en los Estados miembros de la UE. Ahora bien, resulta necesario considerar que la celebración de un intercambio internacional, si bien incrementa el bienestar de los particulares implicados, también comporta riesgo e incertidumbre a las partes contratantes.

7. El sujeto que participa activamente en el comercio internacional se pregunta: ¿Qué sucederá con la otra parte en caso de controversia? ¿Cumplirá, o no, con lo estipulado en el contrato? ¿Se personará en el proceso? ¿Contestará a la demanda? ¿Qué tribunal será competente para conocer de la cuestión controvertida? ¿Qué Ley resultará aplicable al contrato internacional? ¿La resolución dictada por el tribunal de un Estado miembro será válida y eficaz en los Estados miembros distintos de aquél cuya autoridad la dictó?

8. El primer objetivo de esta tesis consiste en realizar un análisis de la normativa contractual en conflicto que pone de relieve las cuestiones controvertidas y sus posibles vías de solución a la hora de determinar la Ley aplicable respecto de los conflictos que puedan surgir en el ámbito de la contratación internacional. En particular, examina la normativa que entra en conflicto respecto de la precisión de la Ley aplicable a un

contrato celebrado entre particulares en el ámbito del comercio internacional y detalla si la Ley que resulta aplicable al contrato internacional constituye, o no, una Ley estatal previsible para ambas partes contratantes que les comporte reducidos “costes de litigación internacional” y “costes conflictuales”.

9. En la esfera del DIPr. “contractual”, la coexistencia de multitud de Derechos nacionales estatales suscita a las partes intervinientes en un intercambio internacional la incerteza de conocer el Derecho nacional concreto que resolverá la controversia y garantizará el cumplimiento efectivo de dicho intercambio internacional. Y, además, la presencia de normas de DIPr. distintas en cada Estado miembro comporta también “costes” vinculados al intercambio internacional. No obstante, el DIPr. proporciona un régimen jurídico único, cierto y previsible que garantiza, en la celebración de un contrato internacional, seguridad jurídica internacional, previsibilidad y reducidos costes conflictuales a ambas partes contratantes en los tres sectores del DIPr.: el sector de la competencia judicial internacional, el ámbito de la Ley aplicable y el sector de la validez extraterritorial de decisiones. En otras palabras, el régimen jurídico aplicable a la contratación internacional asegura a las partes contratantes que si una de ellas no cumple aquello a lo que se comprometió se le obligará coactivamente a ello. Por estas razones, el DIPr. actúa, en un primer momento, como mecanismo legal dirigido a evitar la creación del conflicto y, en un momento ulterior si el conflicto tiene lugar, el DIPr. interviene como mecanismo legal de reducción de costes de solución del conflictos en el comercio internacional. Un DIPr. uniforme de la UE favorece el buen funcionamiento del mercado interior, y, además, la unificación de las normas de conflicto facilita el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, potencia la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable.

10. El segundo objetivo del presente trabajo reside en la fijación de las herramientas dirigidas a crear un DIPr. *eficiente* en la esfera de la contratación internacional a partir de la potenciación del principio de previsibilidad jurídica y de la seguridad jurídica internacional como principio – valor del DIPr. En este sentido, los particulares preverán, de manera sencilla, con bajos costes jurídicos, la determinación del tribunal estatal competente, la Ley estatal aplicable al contrato internacional y los requisitos exigidos para que la decisión judicial dictada por la autoridad de un Estado miembro produzca efectos jurídicos en los demás Estados miembros. Un DIPr. *eficiente* es el que dota de “seguridad jurídica” a las situaciones legalmente inestables y comporta costes conflictuales reducidos porque, bien evita el conflicto, o bien, reduce los gastos de solución del conflicto. En consecuencia, las normas de DIPr. que no respeten la “seguridad jurídica”, entendida en el sentido de previsibilidad legal, conducen a “resultados injustos”.

11. Por tal razón, la exigencia de “seguridad jurídica” en el DIPr. no constituye un capricho, puesto que, la “seguridad jurídica” potencia e incentiva el intercambio internacional y reduce los “costes conflictuales” ocasionados a las partes contratantes. Ahora bien, la “seguridad jurídica” no lo es todo. El precio a pagar por la obtención de una “seguridad jurídica” absoluta puede ser el resultado de un intercambio internacional *ineficiente* que comporte elevados costes jurisdiccionales y conflictuales para ambas partes contratantes. En consecuencia, los operadores económicos no participarán activamente en el tráfico internacional si las reglas de DIPr. en materia contractual devienen *ineficientes*. Una regla de DIPr. *ineficiente* entorpece el comercio

internacional, puesto que, comporta elevados “costes conflictuales” a las partes contratantes.

12. El presente trabajo contiene tablas que exponen el coste conflictual que soporta cada particular implicado en la celebración de un contrato internacional en función de la Ley estatal que resulte aplicable a dicho contrato. La precisión de la Ley del país que regule el contrato internacional comporta, siempre y en todo supuesto, un coste conflictual para ambos particulares implicados. Ahora bien, cada parte contratante asumirá un coste conflictual que puede ser bajo, medio o alto, según la Ley estatal reguladora del contrato internacional coincida, o no, con la Ley del país con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos. El coste de aplicación de dicha Ley estatal para con la celebración de un contrato internacional se representa, en el presente trabajo de investigación, mediante un valor numérico, si bien también podría haberse expresado mediante palabras (coste bajo, medio o alto). En sintonía con ello, la utilidad jurídica y económica de cada tabla consiste en advertir si la Ley estatal designada por el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4 Reg. Roma I se corresponde, o no, con la Ley del país que los particulares implicados tenían en mente en el momento de la celebración del contrato y con la Ley estatal que presenta los vínculos más estrechos con el mismo.

13. Finalmente, la base metodológica de este estudio permite distinguir dos momentos. En un primer momento, lleva a cabo un examen empírico a través del método sociológico que analiza la importancia, para la sociedad, de celebrar un contrato internacional *eficiente*. Para ello, esta tesis plantea una formulación real del problema de investigación y establece su marco teórico-conceptual: en el ámbito del comercio internacional, qué Ley resulta aplicable a las cuestiones controvertidas suscitadas en un contrato internacional. Posteriormente, realiza el diseño a partir de la recolección, análisis, tratamiento e interpretación de las fuentes formales, jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. La jurisprudencia es escasa, puesto que, sólo existe hasta ahora una sentencia dictada por el TJUE que se pronuncia acerca de la idoneidad del Convenio de Roma en la esfera de la contratación internacional, mientras que la doctrina examinada es abundante tanto a nivel nacional como a nivel internacional, entre la que destacan la doctrina francesa y la doctrina italiana. Finalmente, este trabajo presenta una investigación teórico – dogmática a través del método deductivo que plantea el problema jurídico y contiene una propuesta provisional de elaboración de hipótesis mediante la toma en consideración de la identificación de las fuentes formales y de los recursos bibliográficos utilizados, lo que permite en último lugar, presentar las conclusiones y una solución definitiva al problema jurídico planteado.

CAPÍTULO I

EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

1. Antecedentes: construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia

14. La Comunidad Europea (en adelante, CE), precursora de la UE, surgió de lo que en principio eran tres organizaciones independientes: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), creada en 1951, la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), ambas fundadas en 1957. Diez años después, en 1967, tuvo lugar la fusión de los organismos ejecutivos de las tres instituciones. A partir de ese momento, surgió la CE, con sede en Bruselas.

15. Los primeros atisbos de creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia emergieron con la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957. El Tratado de Roma estableció la Comunidad Económica Europea (CEE), también conocida como Mercado Común¹, que favorecía la unión económica de los países europeos occidentales firmantes. Los primeros en participar fueron Francia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Italia y la República Federal de Alemania.

¹ E. LINDE PANIAGUA, “El mercado interior (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)” en E. LINDE PANIAGUA (COORD.), *Políticas comunitarias*, Colex, Madrid, 2001, pp. 83-87; A. MATTERA, *El Mercado Único Europeo: sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 41-45 analiza las tres expresiones - “mercado común” (utilizada por el Tratado CEE), “mercado interior” (usada en el Acta Única Europea) y “mercado único europeo” – plasmadas en los textos oficiales y que, en numerosas ocasiones, son consideradas aparentemente sinónimas. El “mercado común” (arts. 2 y 3 Tratado CEE) constituía un espacio económico común a los Estados que formaban parte de la Comunidad Europea en el que el ciudadano podía actuar libremente en el ejercicio de los derechos que le fueran reconocidos en el Tratado y, en particular, respecto de las disposiciones previstas para el derecho fundamental a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. El “mercado interior” (art. 8 A Tratado CEE) correspondía a un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estaba garantizada de conformidad con lo previsto en el Tratado CEE. En consecuencia, el concepto “mercado interior” parece limitarse, con carácter exclusivo, al ejercicio de las cuatro libertades fundamentales contempladas en el Tratado CEE, si bien, el carácter limitador de la noción “mercado interior” desaparece desde el momento en el que éste se define como un espacio “sin fronteras interiores”. Esta afirmación pone de relieve que el “mercado común”, a diferencia del “mercado interior”, conservaba la presencia de las fronteras aduaneras internas.

16. Los objetivos del Tratado de Roma podían concretarse, entre otros, en los siguientes: la supresión de las barreras comerciales entre los países miembros y el establecimiento de una política comercial común con respecto a terceros países, no pertenecientes a la CE; la coordinación de las políticas agrícolas, económicas y de transportes; la eliminación de aquellas medidas, públicas o privadas, que restringieran la libre competencia y el aseguramiento de la libertad de movimiento de capitales, trabajo y mano de obra entre los países firmantes.

17. Curiosamente, la CE quedó “petrificada” hasta la dimisión de CH. DE GAULLE como presidente de Francia en mayo de 1969. La única excepción tuvo lugar con el Consejo de Nápoles de 1967, que materializaba la cooperación europea en asuntos de Justicia e interior a través del mecanismo de la asistencia mutua entre las autoridades aduaneras². El siguiente presidente francés, G. POMPIDOU, más abierto a nuevas iniciativas en el seno de la CE, propuso la celebración en diciembre de 1969 de una reunión de los líderes de los Estados miembros en La Haya (Países Bajos). Esta cumbre preparó el terreno para la creación de una forma de financiación permanente de la CE, el desarrollo de un marco de cooperación en política exterior y la apertura de negociaciones para el ingreso de Reino Unido, Irlanda, Dinamarca y Noruega. En este sentido, la Cumbre de La Haya de fecha 1 y 2 de diciembre de 1969, potenció la cooperación en los aspectos de política interior de los Estados miembros y fijó el alcance en materia de ayuda y acción policial, condiciones de la extradición, trato de refugiados y concesión de asilo³.

18. Con fecha 1977, V. GISCARD D’ESTAIN, el entonces presidente francés, lanzó la idea de crear un espacio judicial europeo⁴. Ahora bien, el avance más significativo en la CE tuvo lugar durante la década de 1980. Así con fecha 19 de junio de 1983 se presentó la Declaración de Stuttgart⁵. La Declaración de Stuttgart consistió en un texto que tenía por base el plan elaborado por H. DIETRICH GENSCHER, Ministro de Asuntos Exteriores alemán y por su homólogo italiano E. COLOMBO. Los Jefes de Estado y de

² M. BACIGALUPO SAGESE, “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (el espacio de libertad, seguridad y justicia)” en E. LINDE PANIAGUA (COORD.) *Políticas Comunitarias*, Colex, Madrid, 2001, pp. 183-220, esp. p. 184; A. CALONGE VELÁZQUEZ, “Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), pp. 95-112, esp. p. 96; J. A. FUENTETAJA PASTOR, “La cooperación policial y judicial en materia penal” en M. BACIGALUPO SAGESE / J. A. FUENTETAJA PASTOR (COORDS.) *Políticas de la Unión Europea*, 2º edición, Colex, Madrid, 2005, p. 261; C. F. MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 4º edición, Dijusa, Madrid, 2002, p. 680.

³ A. CALONGE VELÁZQUEZ, “Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), pp. 95-112, esp. p. 96; E. VILARIÑO PINTOS, “La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización”, *RIE*, vol. XXI, nº 1, 1994, pp. 61-83, esp. p. 64.

⁴ R. CATALÁ POLO, “La cooperación en asuntos de justicia e interior en el proceso de construcción europea” en V. GARRIDO REBOLLEDO (COORD.) *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, D. L. 2004, pp. 25-43, esp. p. 25.

⁵ A. CALONGE VELÁZQUEZ, “Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), pp. 95-112, esp. p. 97.

Gobierno se comprometían a reexaminar los progresos realizados en el ámbito de las relaciones interinstitucionales, la competencia y la cooperación política y a decidir si procedía incorporarlos a un Tratado de la Unión Europea. En sentido estricto, los objetivos se concretaban, entre otros, en los siguientes: promover la “aproximación” de algunas áreas de la legislación de los Estados miembros con el fin de facilitar las relaciones mutuas entre sus ciudadanos y realizar un análisis común y acciones concertadas para hacer frente a los problemas internacionales de orden público, a las manifestaciones de violencia grave y a la criminalidad organizada.

19. En sintonía con ello, la década de 1980 tuvo por objeto la marcha hacia la puesta en práctica de un Mercado Único Europeo. La campaña para lograr este objetivo fue promovida por J. DELORS, antiguo ministro de Economía y Finanzas francés, que se convirtió en presidente de la Comisión Europea en 1985. Con ocasión de la celebración de la Cumbre de Milán en 1985 (Italia), la Comisión propuso un plazo de siete años para eliminar prácticamente todas las barreras comerciales que aún existían entre los Estados miembros. Con posterioridad, entró en vigor el Acta Única Europea (firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros y el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia) con objeto de promover la primera modificación de gran alcance del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE). El Acta Única Europea⁶ revisó el Tratado de Roma para reactivar la integración europea y procurar la realización del mercado interior. A tal efecto, modificó las normas de funcionamiento de las instituciones europeas y amplió las competencias de la CE, en particular, en el ámbito de la investigación y el desarrollo, el medio ambiente y la política exterior común.

20. Ulteriormente, el Consejo Europeo aprobó el propósito de alcanzar el Mercado Único Europeo el 1 de enero de 1993, aceleró las reformas en la CE e incrementó la cooperación y la integración entre los Estados miembros. Finalmente, todo ello culminó con la formación de la UE. La UE, como organización supranacional del ámbito europeo, aspiraba a potenciar la integración económica y política y a reforzar la cooperación entre sus Estados miembros.

21. Con objeto de conseguir dicho fin, se firmó el Tratado de la Unión Europea en Maastricht con fecha 1 de noviembre de 1993. La firma del Tratado de Maastricht constituyó un hito en el proceso de creación de la UE, estableció normas para su futura moneda única y su política exterior y de seguridad común, así como para el refuerzo de la cooperación en materia de Justicia y asuntos de interior. La UE sustituyó oficialmente a la CE. El Tratado de Maastricht fue muy claro en sus intenciones, que pueden concretarse, entre otras, en las siguientes: en primer lugar, pretendía crear un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia que fuera más allá de la mera integración económica. La cooperación judicial en materia civil, inicialmente regulada por Convenios internacionales, se inscribe en el Tratado de Maastricht como una cuestión de interés común. En segundo lugar, incorporó una serie de normas que permitían cierta cooperación intergubernamental entre los Estados miembros de la UE. Éstos, quedaban

⁶ J. M. MURIEL PALOMINO, “El espacio de libertad, seguridad y justicia en los Tratados de Ámsterdam y Niza: La libre circulación de personas y la integración de los Acuerdos de Schengen en el marco de la Unión Europea”, *Anuario de derecho europeo*, nº 1, 2001, pp. 189-220; D. ORDOÑEZ SOLÍS, “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *Revista de estudios políticos*, nº 119, 2003, pp. 447-484.

facultados para celebrar Convenios internacionales en materia de cooperación judicial civil⁷ (art. K.3).

22. Ahora bien, la novedosa aportación del Tratado de Maastricht sólo se concretó en la firma de dos Convenios internacionales que ni siquiera llegaron a entrar en vigor⁸. Si bien, el contenido material de dichos Convenios fue “trasvasado” con posterioridad a ciertos Reglamentos⁹ actualmente vigentes¹⁰.

23. En un momento ulterior, se produjo la firma del Tratado de Ámsterdam con fecha 2 de octubre de 1997. Su objetivo principal se sustentó en la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia que prescindió de los mecanismos de cooperación intergubernamental en los asuntos de Justicia e interior¹¹. El Tratado de Ámsterdam concretó, entre otros, los fines siguientes¹²: la posibilidad de un mejor acceso a la Justicia en Europa, la potenciación del mutuo reconocimiento de decisiones judiciales y la promoción de la convergencia en el ámbito de Derecho Civil.

24. El Tratado de Ámsterdam perseguía un objetivo idéntico al pretendido por el Tratado de Maastricht, si bien, aquél, iba más allá, pues procedía a una plena conversión del DIPr. en Derecho de la UE, asociándola a la libre circulación de personas¹³. Esta situación se tradujo en un incremento de la virtualidad del Derecho a la tutela judicial efectiva en el seno de la UE, acompañada del pleno desarrollo del principio de mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en

⁷ A. BORRÁS, “La cooperación judicial civil” en AAVV., *El tercer pilar de la Unión Europea*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1997, pp. 231-250; R. A. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, “La cooperación judicial en la Unión Europea” en V. GARRIDO REBOLLEDO (COORD.) *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, D. L. 2004, pp.157-177.

⁸ Convenio sobre notificación o traslado en los Estados miembros de la UE de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil de 26 de mayo de 1997 [DO C 261 de fecha 27.08.1997] y Convenio sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes de 28 de mayo de 1998 [DO C 221 de fecha 16.07.1998].

⁹ Reglamento 1348/2000- Primer informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil [COM (2004) 603 final- No publicado en el Diario Oficial]- y Reglamento 2201/2003 [Diario Oficial L 338 de fecha 23.12.2003] respectivamente.

¹⁰ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Espacio europeo de justicia: Evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 441-466, esp. pp. 442-444.

¹¹ J. MAYOR OREJA, “El nuevo espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Boletín Asturiano sobre la Unión Europea*, n° 80, 1999, pp. 4-9.

¹² M. OREJA ARBURÚA, “Evolución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” en V. GARRIDO REBOLLEDO (COORD.) *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, D. L. 2004, pp. 222-236, esp. p. 224.

¹³ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La evolución del Derecho Internacional Privado comunitario en el Tratado de Amsterdam”, *REDI*, vol. L, n° 1, 1998, pp. 373-376; E. JAYME / CH. KOHLER, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *RCDIP*, vol. LXXXIV, n° 1, 1995, pp. 1-40, esp. p. 5.

materia civil¹⁴. En este sentido, el Tratado de Ámsterdam manifestó de forma clara¹⁵: “con objeto de promover la libre circulación de personas, los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países. Asimismo cooperarán en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüedades”. En definitiva, la “cooperación entre los Estados miembros en asuntos de Justicia e interior” se convirtió en una de las principales aportaciones del Tratado de Ámsterdam¹⁶.

25. En consecuencia, el Derecho comunitario amplió su objetivo después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. El Derecho comunitario “inicial” tenía por único fin el ámbito de Derecho patrimonial que integraba la “Comunidad de Comerciantes”, mientras que, el Derecho de la UE “actual” también alcanza el objetivo de crear una “Comunidad del Ciudadano”. Ninguna norma de DIPr. de los Estados miembros puede obstaculizar el ejercicio de los Derechos fundamentales y de las libertades europeas recogidas en la Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁷ (en adelante Versión consolidada TUE-TFUE), al ciudadano de la UE en el territorio de los Estados miembros.

¹⁴ J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 15, 2008, pp. 1-33, esp. p.8.

¹⁵ La mayor parte de la doctrina valoró el Tratado de Ámsterdam como un texto que ha supuesto un cambio radical en el DIPr. de los Estados miembros, pues llevó a la “europeización” del mismo. En este sentido, *vid. inter alia*, F. J. MILLÁN MON, “Cooperación en los ámbitos de justicia e interior”, en AA.VV *España y el Tratado de la Unión Europea, Una aproximación al Tratado elaborada por el equipo negociador español en las Conferencias Intergubernamentales sobre la Unión Política y la Unión Económica y Monetaria*, Colex, Madrid, 1993, pp. 421-449; J. L. IGLESIAS BUHIGUES, “La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Amsterdam”, *Revista General de Derecho*, nº 644, 1998, pp. 5857-5862; J. BASEDOW, “The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam”, *CMLR*, nº 37, 2000, pp. 687-708; P. MELLADO PRADO, “El funcionamiento de las instituciones en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), pp. 35-49; C. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam”, *RCDIP*, nº 1, janvier-mars 1999, pp. 3-30; T. BALLARINO / L. MARI, “Uniformità e Riconoscimento. Vecchi problema e nuove tendenze della Cooperazione Giudiziaria nella Comunità Europea”, *Revista di Diritto Internazionale*, nº 1, 2006, pp. 7- 46; A. BORRÁS, “Derecho Internacional Privado y Tratado de Amsterdam”, *REDI*, vol. LI, nº 2, 1999, pp. 383-426. En contra, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La evolución del Derecho Internacional Privado Comunitario en el Tratado de Ámsterdam”, *REDI*, vol. L, nº 1, 1998, pp. 373-376, autor para el que: “En definitiva, la mención expresa en el Tratado de Ámsterdam, por primera vez entre las normas atributivas de competencia a las instituciones comunitarias, de “reglas sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”, no representa en los términos en los que aparece en el nuevo art. 65 TCE un cambio radical de las perspectivas de europeización de DIPr.”

¹⁶ R. CATALÁ POLO, “La cooperación en asuntos de justicia e interior en el proceso de construcción europea” en V. GARRIDO REBOLLEDO (COORD.) *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, D. L. 2004, pp. 25-43, esp. p. 34.

¹⁷ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. [DOUE C 115, 51º año, de fecha 9 mayo 2008].

2. El artículo 81 TFUE¹⁸ y la conversión del DIPr. en Derecho de la UE

26. El espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que está garantizada la libre circulación de personas constituye un objetivo, en sí mismo, de la UE (art. 3.2 TUE¹⁹). Las instituciones de la UE realizan la conversión del DIPr. en Derecho de la UE, puesto que, resultan competentes para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil que permita la creación y el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia. En este sentido, las instituciones de la UE resultan competentes para elaborar normas de DIPr. en cualquiera de sus sectores – competencia judicial internacional, Ley aplicable o eficacia extraterritorial de decisiones –, que dificulte y obstaculice el establecimiento de un auténtico mercado interior²⁰. La competencia les viene atribuida debido a que la “cooperación judicial en materia civil” es una materia que fue transferida, por el Tratado de Ámsterdam, desde el “Tercer Pilar” al “Primer Pilar”²¹.

27. La constitución de un verdadero mercado interior requiere la adopción, por parte de las instituciones de la UE, de las medidas siguientes:

1º) En el ámbito de la libre circulación de mercancías, prohibir entre los Estados miembros, la imposición de derechos de aduana de importación y exportación – incluidos los derechos de aduana de carácter fiscal – y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente. E incluso más, rechazar la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países²².

2º) En el sector de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de trabajadores, suprimir los procedimientos administrativos y los plazos de acceso a los empleos disponibles, particulares de cada legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo respecto a la liberalización de los movimientos de los trabajadores (por ejemplo, el establecimiento de condiciones distintas de las impuestas a los trabajadores nacionales para la libre elección de un empleo)²³.

¹⁸ El art. 81 TFUE manifiesta: “La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

¹⁹ El art. 3.2 TUE indica: “La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”.

²⁰ El art. 26 TFUE define el mercado interior como “un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”. Un análisis del mercado interior resulta realizado, entre otros, por A. ALEMANNI, “Le principe de précaution en droit communautaire: stratégie de gestion des risques ou risque d’atteinte au marché intérieur?”, *Revue du droit de l’Union européenne*, nº 4, 2001, pp. 953-971; R. MUÑOZ, “Le marché intérieur: comment rendre effectifs les droits des intéressés?”, *RMC*, nº 458, mai 2002, pp. 337-341.

²¹ A.- L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 80-83, esp. p. 81.

²² Título II TFUE: libre circulación de mercancías. Arts. 28-37.

²³ Título IV TFUE: libre circulación de personas, servicios y capitales. Arts. 45-66. esp. 45-48.

3º) En el marco de la libre circulación de servicios, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, decidirán la liberalización de un servicio (actividad de carácter industrial, mercantil, artesanal y propia de la profesión liberal) a través de la elaboración de directivas²⁴.

4º) En el ámbito de la libre circulación de capitales, prohibir entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, las restricciones a los movimientos de capitales²⁵.

28. Las autoridades de la UE desarrollarán una cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza fundada en dos herramientas (art. 81.1 TFUE): el mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales y la “aproximación” de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

29. La elaboración de normas de DIPr. uniformes y válidas en todos los Estados miembros y la colaboración entre los tribunales de los distintos Estados miembros posibilitan el establecimiento de un auténtico mercado interior. En este sentido, la elaboración de “normas de DIPr. de la UE”²⁶ propicia la creación de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia.

30. El espacio de libertad, seguridad y justicia constituye un objetivo, en sí mismo, de la UE (art. 3.2 TUE). Un objetivo que debe lograrse con independencia de que dicho espacio judicial europeo potencie, o no, el correcto funcionamiento del mercado interior. Esta nueva perspectiva aparece confirmada por el art. 81.2 TFUE, que indica que las medidas de cooperación judicial civil en asuntos civiles con repercusión transfronteriza deben adoptarse “*en particular*”, cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior. En consecuencia, estas medidas pueden ser adoptadas, también, cuando sean precisas para construir el espacio judicial europeo y aunque no resulten necesarias para que el mercado interior funcione correctamente²⁷.

31. En este sentido, el art. 81.2 TFUE concreta las medidas que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán en el ámbito de la cooperación judicial civil en asuntos civiles con repercusión transfronteriza con objeto de crear un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia:

1º) Primera medida: mejora y simplificación de medidas intermedias que generan una duración desmesurada del proceso. El precepto hace referencia al sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales; a la cooperación en la obtención de pruebas y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales.

²⁴ Título IV TFUE: libre circulación de personas, servicios y capitales. Arts. 45-66. esp. 56-62.

²⁵ Título IV TFUE: libre circulación de personas, servicios y capitales. Arts. 45-66. esp. 63-66.

²⁶ A. L. CALVO-CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 83.

²⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 86.

2º) Segunda medida: promoción de la “compatibilidad de las normas aplicables” en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y jurisdicción. La “compatibilidad” de las normas aplicables en los Estados miembros debe entenderse en el sentido de “aproximación de los sistemas de DIPr. nacionales” de los distintos Estados miembros. Su intención es evitar el surgimiento de “situaciones jurídicas claudicantes” que supongan un obstáculo a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Dicha “aproximación de legislaciones nacionales” se logra a través de la unificación de las normas nacionales de conflicto de leyes. La Ley aplicable a una situación jurídica privada internacional será la misma, con independencia del país cuyos tribunales conozcan del asunto.

3º) Tercera medida: erradicación de obstáculos que impidan el buen funcionamiento de los procesos civiles. El precepto hace referencia al desarrollo de métodos alternativos de la resolución de litigios; a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de Justicia y a la eliminación de ciertas discriminaciones características de las normas de extranjería procesal (caución de arraigo en juicio y embargo preventivo)²⁸. En consecuencia, la unificación de normas de procedimientos judiciales facilitan el acceso a los tribunales de todos los Estados miembros.

4º) Cuarta medida: disposiciones destinadas a garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva. El ciudadano ostenta el derecho de acceder al sistema judicial de cualquier Estado miembro y obtener de sus tribunales una resolución judicial motivada.

32. En conclusión, la UE opera, desde el punto de vista judicial, de un modo similar a como opera un solo Estado, lo que posibilita que el espacio judicial europeo quede integrado y unificado²⁹.

33. Posteriormente, con fecha 15 y 16 de octubre de 1999, se reunió el Consejo Europeo en Tampere (Finlandia). Su prioridad, nuevamente, se centró en la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. El Consejo Europeo utilizó un mecanismo destinado a vigilar los avances programados y a precisar todas las acciones necesarias para la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia en un marco de transparencia. El “*scoreboard*”³⁰ incorporó una lista de acciones que determinaba los órganos competentes para adoptar las iniciativas y el plazo para ejecutarlas. El desafío particular por el que apostó el Consejo Europeo en Tampere consistía en garantizar que el compromiso de libertad que posibilitaba a todo ciudadano un fácil acceso a los tribunales, y que incluía el derecho a circular libremente en toda la UE, pudiera disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesible a todos.

34. Todo ciudadano debía disponer de un fácil acceso a la Justicia. Para ello, se requería la creación de un auténtico espacio judicial europeo en el que las personas pudieran recurrir a los tribunales y a las autoridades en cualquier Estado miembro con la

²⁸ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La evolución del Derecho Internacional Privado comunitario en el Tratado de Amsterdam”, *REDI*, vol. L, n° 1, 1998, pp. 373-376.

²⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, [COM (2009) 262 final, Bruselas de fecha 10 de junio de 2009].

³⁰ A. VITORINO, “La constitución del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” en M. OREJA AGUIRRE (DIR.) *El futuro de la Unión Europea: Unión política y coordinación económica*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 133-144.

misma facilidad que a los del suyo propio. Las sentencias y resoluciones deben respetarse y ejecutarse en toda la UE. Resulta exigible al mismo tiempo, la protección de la seguridad jurídica básica de las personas y los agentes económicos. En definitiva, es imprescindible lograr un incremento de la compatibilidad y la convergencia de los sistemas jurídicos de los Estados miembros³¹.

35. La “integración europea” ha estado fuertemente enraizada a un compromiso compartido de libertad, basado en los Derechos Humanos, las Instituciones Democráticas y el Imperio de la Ley que constituyen los valores comunes para garantizar la paz y el desarrollo de la prosperidad en la UE. Por tal razón, la UE ya ha puesto a disposición de los ciudadanos europeos algunos de los componentes de un espacio compartido de paz y prosperidad: mercado único, unión económica y monetaria, retos políticos y económicos de carácter internacional.

36. La UE promueve una libertad que debe posibilitar que todo ciudadano pueda acudir a las autoridades y tribunales de cualquier Estado miembro tan fácilmente como accede a las autoridades y tribunales de su Estado miembro. En otras palabras, la UE pretende el establecimiento de un espacio judicial europeo en el que se aborde el “desafío transfronterizo” con alto grado de seguridad jurídica internacional y un mantenimiento íntegro de las libertades de los ciudadanos, puesto que, los sujetos radicados en los distintos Estados miembros pueden hallarse “desincentivados” en el ejercicio de sus derechos fundamentales debido a la incompatibilidad de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

37. La necesidad de afianzar el objetivo propuesto por el Consejo Europeo reunido en Tampere (Finlandia), exigió una nueva reunión del Consejo Europeo en Laeken (Bruselas) los días 14 y 15 de diciembre de 2001³². El Consejo Europeo reunido en Laeken, conforme a lo dispuesto en las conclusiones de la presidencia, reafirmó su compromiso con respeto a las orientaciones políticas y los objetivos definidos en Tampere y observó que resultaban inaplazables nuevos impulsos y orientaciones con el objeto de recuperar el retraso acontecido en algunos ámbitos. La celebración de sesiones del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior a intervalos más reducidos contribuyó a acelerar los trabajos. Resultaba importante, asimismo, que las decisiones adoptadas por la UE fueran rápidamente transpuestas a los Derechos nacionales y que los Convenios celebrados desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht se ratificaran sin dilación.

38. El programa de La Haya³³ resultó la respuesta a la necesidad de la UE. Sus objetivos, entre otros, se concretaban en los siguientes: 1º) La mejora de la capacidad

³¹ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo reunido en Tampere (Finlandia) de fecha 15 y 16 de octubre 1999; J. M. ARIAS RODRÍGUEZ, “El programa de La Haya: un nuevo programa en el área de libertad, seguridad y justicia”, *Diario La Ley*, nº 6641, Sección Unión Europea, 31 Ene. 2007, (versión *on line*).

³² M. P. CANEDO ARRILLAGA / J. R. CANEDO ARRILLAGA / J. R. CANEDO GIL, “Un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, en J. I. ECHANO BASALDÚA (ED.) *Estudios jurídicos en memoria de J. M. Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 753-790.

³³ Programa de La Haya sobre el reforzamiento de la libertad, seguridad y justicia en la UE [DOUE C 53 de fecha 03.03.2005]; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir. [COM (2006) 331 final, Bruselas de fecha 28.06.2006];

común de la UE y de sus Estados miembros para garantizar los Derechos fundamentales, las garantías procesales mínimas y el acceso a la Justicia; 2º) Proseguir con el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados tanto en materia civil como penal; y 3º) Eliminar obstáculos legales y judiciales en los litigios en asuntos civiles y familiares con repercusiones transfronterizas.

39. Además, con el fin de renovar las normas de la “vida en común” de los Estados miembros establecidas en los Tratados de Derecho Originario, se firmó el Tratado de Lisboa con fecha 13 de diciembre de 2007³⁴. El Tratado de Lisboa permite adaptar las instituciones europeas y sus métodos de trabajo y consolidar la legitimidad democrática de la UE y la base de los valores fundamentales. Las innovaciones generales³⁵ que pueden ser destacadas en el Tratado de Lisboa son, sumariamente descritas, las siguientes: la desaparición de los pilares comunitarios y el establecimiento de nuevos mecanismos relativos a los procedimientos de decisión. En particular, el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales adoptan un papel reforzado en la toma de decisiones. También se amplía la competencia del TJCE y se le atribuye personalidad jurídica a la UE, considerando incluso, la posibilidad de crear una Fiscalía Europea y un Comité Permanente en materia de seguridad interior.

40. En conclusión, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009) por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, uno de los objetivos de la UE consiste, todavía, en la creación y el establecimiento progresivo de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia. Un nuevo reto de integración y armonización europea. Para ello, las instituciones de la UE y cada uno de los Estados miembros, deben asumir unas funciones bien delimitadas, lo cual no es fácil en el ámbito del DIPr. Los Estados miembros ceden competencias y deben controlar a quién y cómo deben otorgarlas³⁶. Una amplia institucionalización de la UE comporta un límite a la soberanía nacional de los Estados miembros, si bien, garantiza el correcto funcionamiento de las reglas de mercado³⁷. En consecuencia, a través de la consolidación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, los Estados miembros que integran la UE aspiran a que los

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité de las Regiones. Justicia, Libertad y Seguridad en Europa desde 2005. Una evaluación del Programa de la Haya y del Plan de Acción [COM (2009) 263 final, Bruselas de fecha 10.06.2009].

³⁴ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, [DOUE C 306/01 de fecha 17.12.2007].

³⁵ S. CARRERA / F. GEYER, “El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y Fragmentación en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 29, Enero-Abril 2008, pp. 133-162.

³⁶ A. BORRÁS, “La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro” en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2001*, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 2002, pp. 285-318.

³⁷ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales” en F. J. QUEL LÓPEZ / I. AGUIRRE ZABALA / J. J. ÁLVAREZ RUBIO (COORDS.) *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2002*, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 2002, pp. 81-216.

ciudadanos de la UE puedan realizar, de manera efectiva, sus derechos y libertades fundamentales³⁸.

3. El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: la búsqueda del concepto

A) La división del mundo en Estados soberanos

41. El mundo se halla dividido en Estados soberanos. La división del mundo en Estados soberanos constituye un fenómeno necesario e inevitable³⁹. El ente estatal concebido como “entidad supraindividual” garantiza seguridad a los colectivos humanos, proporciona cierto nivel de solidaridad social, asume una función de redistribución de la riqueza y de prestación de servicios públicos esenciales y mantiene un elevado nivel de bienestar social⁴⁰. Es importante destacar, entre otras, dos consecuencias de dicha división⁴¹:

1º) Cada Estado miembro posee sus normas de DIPr. elaboradas por el mismo y aplicadas, en virtud del principio de territorialidad formal de la Ley. Los tribunales españoles aplican, para determinar la Ley sustantiva reguladora de los asuntos que deben juzgar, el derecho español, y exclusivamente, el derecho español (DIPr. español). Ahora bien, ello no significa necesariamente que el tribunal español deba aplicar el derecho sustantivo español al supuesto que juzga. Aplicará el derecho sustantivo estatal al que le conduzcan las normas de conflicto españolas (*lex formalis fori*). Este principio ha sido recogido en el art. 12.6 CC (“principio de exclusividad”). El “principio de exclusividad” posibilita, a las autoridades y tribunales españoles la aplicación, exclusiva, de las normas de DIPr. español. En otras palabras, las normas de DIPr. español señalan a las autoridades y tribunales españoles el “Derecho aplicable”, “Derecho español” o “Derecho extranjero”, a la situación jurídica privada internacional controvertida.

2º) Cada Estado miembro dispone de su Poder Judicial, cuya función es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por tanto, las decisiones adoptadas por el Juez de un Estado miembro producirán efecto de cosa juzgada, como regla general, en el Estado miembro cuya autoridad la dictó. En este sentido, las decisiones y las resoluciones dictadas por las autoridades y tribunales de un Estado miembro poseen “eficacia limitada” únicamente en el territorio de dicho Estado miembro. El Juez de un Estado miembro competente para la resolución de la controversia suscitada respecto a una situación jurídica privada internacional, aplica las normas contenidas en su DIPr. y dota a la situación jurídica de los efectos propios que deriven de la misma.

³⁸ M. RAJOY BREY, “El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Veintiuno: revista de pensamiento y cultura*, nº 52, 2001, pp. 10-14.

³⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, Ed.LiberLibro.com, Albacete, 2002, p. 35.

⁴⁰ H. GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)”, *RCADI*, vol. CCCXII, 2005, pp. 9-488, esp. pp. 13-15.

⁴¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 15-18 y 36-40.

42. La UE respeta y acepta que cada Estado miembro es un ente soberano, si bien, pretende dar un paso más. A partir de dicha realidad, que no se pretende alterar, la UE tiene por objeto la creación de un auténtico espacio europeo de libertad seguridad y justicia que potencie el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades del ciudadano de la UE, así como, un efectivo comercio internacional entre los Estados miembros.

B) El espacio judicial europeo y el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia

43. *“La UE constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros”* (art. 67 TFUE).

44. El espacio de libertad, seguridad y justicia consiste en un área que garantiza a los ciudadanos: en primer lugar, un “espacio de libertad y seguridad”, que consolida, con carácter general, el desarrollo de sus derechos fundamentales; y, con carácter particular, el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. Una garantía inquebrantable, erigida sobre el pilar de la seguridad jurídica y la certeza en la previsibilidad de la Ley aplicable.

45. En sintonía con ello, la creación de un “espacio de libertad y seguridad” exige la adopción de las siguientes medidas de Derecho público: la UE debe garantizar la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollar una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores basada en la solidaridad entre Estados miembros y equitativa respecto de los nacionales de terceros países (art. 67.2 TFUE). Además, la UE también se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante la adopción de medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales⁴² y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales (art. 67.3 TFUE).

46. En segundo lugar, el espacio de libertad, seguridad y justicia garantiza al ciudadano un “espacio de justicia”. El establecimiento de un “espacio de justicia” precisa la adopción, entre otras, de las siguientes medidas de Derecho privado⁴³:

1º) En el sector de la competencia judicial internacional, permitir el acceso, por parte de los individuos, a los tribunales y autoridades de todos los Estados miembros, de modo que no resulte más gravoso acudir a los tribunales de otro Estado miembro que a los del propio Estado miembro, con independencia de las diferencias entre los distintos Derechos estatales de los Estados miembros.

⁴² F. J. QUEL LÓPEZ, “Análisis de las reformas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Niza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 5, nº 9, 2001 (ejemplar dedicado a: Especial Tratado de Niza), pp. 117-144; J. A. DEL VALLE GÁLVEZ, “La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 2, nº 3, 1998, pp. 41-78.

⁴³ Conclusiones del Consejo Europeo en Tampere de fecha 15 y 16 octubre 1999.

2º) En el ámbito de la Ley aplicable, que los ciudadanos no se encuentren “desincentivados” en el ejercicio de sus libertades y de sus derechos fundamentales. La incompatibilidad de los distintos sistemas jurídicos de cada uno de los Estados miembros que integran la UE puede “desincentivar” al ciudadano de la UE a circular libremente en el territorio de los Estados miembros.

3º) En el marco de la validez extraterritorial de decisiones, permitir que las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de un Estado miembro y los actos conocidos por autoridad pública de un Estado miembro sean respetados, reconocidos y ejecutados, en el territorio de la UE.

47. En consecuencia, el espacio judicial europeo respeta y arranca de la idea básica a tenor de la cual los Estados miembros son Estados soberanos. El hecho de que la UE integre Estados soberanos y tribunales distintos en cada uno de los Estados miembros no debe generar, necesariamente, un obstáculo a la creación del espacio judicial europeo. En otras palabras, “*el objetivo del espacio judicial europeo es construir un área en el que los tribunales de los Estados miembros actúen como si fueran los tribunales de un solo Estado, lo que, sin duda, potencia el “correcto funcionamiento del mercado interior”*”. (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁴⁴).

48. La UE pretende “construir la Europa de los ciudadanos”⁴⁵. En este sentido, cuatro medidas pueden resultar fundamentales:

1º) Primera medida: promover los derechos de los ciudadanos – una Europa de los derechos. El espacio de libertad, seguridad y justicia constituye un espacio único de protección de los derechos fundamentales y de las libertades recogidas en la Versión consolidada del TUE-TFUE, en el que el respeto de la persona y de la dignidad humana, así como de los demás derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales, constituye un valor esencial.

2º) Segunda medida: facilitar la vida a los ciudadanos – una Europa de la Justicia. El espacio judicial europeo debe proporcionar mecanismos destinados a facilitar el acceso de las personas a la Justicia de modo que puedan hacer valer sus derechos en el territorio de los Estados miembros que integran la UE.

3º) Tercera medida: proteger a los ciudadanos – una Europa que proteja. La UE refuerza la cooperación en materia policial y Justicia penal. En consecuencia, incrementa las medidas de seguridad que protegen el acceso al territorio europeo.

4º) Cuarta medida: promover una sociedad más integrada para el ciudadano – una Europa solidaria. La UE insiste en consolidar y aplicar una auténtica política de inmigración y asilo que garantice la solidaridad entre los Estados miembros y la asociación con terceros países.

49. E incluso más, la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia necesita una fuerte dimensión externa, coherente con la política exterior de la UE. Resultará improbable alcanzar dicho objetivo perseguido por la UE si no se aplican eficazmente los instrumentos adecuados de política exterior.

⁴⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 84-85.

⁴⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos [COM (2009) 262 final, Bruselas de fecha 10.06.2009]; Programa plurianual relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos [Programa de Estocolmo 2010/C 285 E/02 (2010-2014) de fecha 16 de octubre de 2009].

C) Herramientas necesarias para la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia

50. La creación y el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia requiere la adopción, por parte de las instituciones de la UE, de medidas de cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza para el correcto funcionamiento del mercado interior. Tales medidas sólo pueden ser adoptadas tras una “europeización del DIPr.” (Art. 67 y 81 TFUE)⁴⁶. En este sentido, las instituciones de la UE resultan competentes para la adopción, entre otras, de las siguientes medidas⁴⁷:

1º) Medidas de cooperación judicial en asuntos civiles “...con repercusión transfronteriza”: las medidas se adoptarán respecto de los casos “internacionales”. Una situación es “internacional”, de conformidad con lo estipulado en la tesis del “efecto internacional”⁴⁸, cuando produce “efectos” conectados con otros países.

2º) Medidas de cooperación judicial en asuntos civiles “...necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior”: el correcto funcionamiento del mercado interior exige la erradicación de obstáculos que dificultan e impiden la libre circulación de las personas, los bienes, los servicios y las mercancías con la misma libertad que dicha circulación tiene lugar en el interior de un país. Según A. DEL VALLE, “el “mercado interior” no agota la dimensión jurídica de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”⁴⁹. En este sentido, el ejercicio efectivo de las libertades recogidas en la Versión consolidada del TUE-TFUE, libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, garantiza el correcto funcionamiento del mercado interior⁵⁰. En otras palabras, garantiza un “espacio sin fronteras interiores”, en el que el

⁴⁶ C. VATTIER FUENZALIDA, “Para la Unificación Internacional del Derecho de Obligaciones en la Comunidad Europea”, *RDP*, nº 78, 1994, pp. 223-230; A. BOIZAREU CARRERA, “Un espacio de libertad, seguridad y justicia” en M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO (ED.) *La Unión Europea tras la reforma*, Universidad de Cantabria, 2000, pp. 67-86; M. A. ASIN CABRERA, “La communautarisation du droit international privé de la famille: euro-chauvinisme ou intégration européenne?”, en *Impérialisme et chauvinisme juridiques*, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 3-4 octobre 2002, pp. 169-184; A. V. M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le droit international privé”, *RCADI*, vol. CCXXXII, 1992; E. PÉREZ VERA, “Derecho Internacional Privado y la Unión Europea”, *XIX Jornadas de la AEPDIRI*, Universidad de Cantabria, Santander, 2001, pp.173-188; F. POCAR, “La comunitarizzazione del DIPrivato: una european conflict of laws revolution”, *RDIPP*, vol. XXXVI, nº 4, 2000, pp. 873-884.

⁴⁷ M. GARDEÑES SANTIAGO, “El desarrollo del Derecho Internacional Privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1, 2002, pp. 231-245. Un estudio en profundidad del art. 65 TCE resulta ofrecido, entre otros, por M. GÓMEZ JENÉ, “La cooperación judicial en materia civil”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), pp. 139-154; C. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit International privé européen après le traité d’Amsterdam”, *RCDIP*, nº 1, 1999, pp. 3-30; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, “El artículo 65 TVE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho Internacional Privado y Procesal?”, *AEDIPr*, t.1, 2001, pp. 89-115.

⁴⁸ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 25-29, esp. p. 28.

⁴⁹ A. DEL VALLE GÁLVEZ, “El sistema institucional de la Constitución Europea: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado Constitucional”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 250, 2005, pp. 111-122.

⁵⁰ M. FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté Européenne», *RCADI*, vol. CCLIII, 1995, pp. 9-282.

ciudadano de la UE pueda ejercitar sus derechos fundamentales y libertades (art. 26 TFUE).

a) Supresión de barreras jurídico-públicas a los intercambios transfronterizos

51. La creación de un auténtico espacio europeo de libertad, seguridad y justicia exige, en primer lugar, la supresión de las barreras jurídico-públicas. Por ejemplo, la erradicación de aranceles aduaneros, permisos de residencia y de trabajo, etc. En efecto, la eliminación de barreras jurídico-públicas resulta necesaria para un idóneo funcionamiento del comercio internacional.

52. El Tratado Constitutivo de la CEE (Roma 1957) erradicó las barreras jurídico-públicas a los intercambios de mercancías y capitales y al libre establecimiento de empresas y libre prestación de servicios entre los Estados miembros⁵¹. La eliminación de las barreras jurídico-públicas permite y facilita los intercambios internacionales. Por el contrario, cual fue la sorpresa en los Estados miembros de la UE al observar que, a pesar de la supresión de obstáculos de Derecho público que impedían el efectivo comercio internacional, el intercambio entre los sujetos radicados en los distintos Estados miembros no se realizaba con la intensidad y frecuencia esperada por la UE.

53. ¿Por qué, a pesar de la supresión de las barreras jurídico-públicas, no tenía lugar un efectivo intercambio internacional entre los sujetos radicados en los Estados miembros de la UE? La respuesta a este interrogante, parte de la premisa siguiente: la erradicación de las barreras jurídico-públicas, constituye una medida por sí sola, insuficiente. Subsisten barreras jurídico-privadas y la UE debe perseguir su eliminación.

b) Supresión de barreras jurídico-privadas a los intercambios transfronterizos

54. Para concretar las herramientas necesarias para erradicar las barreras jurídico-privadas que existen entre los Estados miembros, es preciso distinguir dos tipos de situaciones jurídicas:

55. 1º) *Situaciones privadas internacionales “ya creadas”*. La situación jurídica privada controvertida de carácter internacional “fue creada” en un Estado miembro y en ese país se le otorgó una Ley aplicable, de conformidad con “sus normas de DIPr.”, por parte de la autoridad de dicho Estado miembro. El Estado miembro distinguirá entre la “creación” y la “eficacia” respecto a una situación jurídica privada internacional. La norma de conflicto de leyes del foro se limita a la “creación” de la situación jurídica privada internacional en el Estado del foro y, respecto a las situaciones “ya creadas” en otro Estado miembro, denominado Estado miembro de origen, su reconocimiento se efectuará por el Estado miembro requerido sin “controlar” la norma de conflicto de

⁵¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 81-83; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho internacional privado”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 22, 2004, pp. 17- 58.

leyes del Estado en el que dicha situación jurídica fue creada⁵². En definitiva, la situación jurídica controvertida fue “conocida y resuelta” por la autoridad de un Estado miembro.

56. La supresión de las barreras jurídico-privadas pretende proporcionar continuidad jurídica a las situaciones privadas internacionales “ya creadas”. Para ello, una situación jurídica legalmente creada, válida y existente en un Estado miembro debe ser considerada válida y existente en los demás Estados miembros, con independencia de la “Ley estatal” aplicada por la autoridad del Estado miembro que conoce del asunto. Por tanto, la herramienta para eliminar las barreras jurídico-privadas (respecto de las situaciones jurídicas “creadas”) es la aplicación del “principio de mutuo reconocimiento”. (STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*; STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*; STJCE 30 marzo 1993, *Konstantinidis*; STJCE 9 marzo 1999, *Centros*; STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*; STJCE 2 diciembre 1997, *Dafeki*, STJUE 22 diciembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*).

57. 2º) *Situaciones privadas internacionales “no creadas todavía”*. La situación jurídica privada de carácter internacional no ha sido “conocida” por la autoridad de un Estado miembro. Consecuentemente, los obstáculos que surgen en las situaciones privadas internacionales “no creadas” no pueden superarse con el principio de mutuo reconocimiento. No puede “reconocerse” una situación jurídica que en ningún momento, ha sido previamente “conocida”.

58. ¿Cómo eliminar las barreras jurídico-privadas en las situaciones privadas internacionales “no creadas todavía”? El surgimiento de obstáculos en las situaciones privadas internacionales “no creadas todavía”, “*no es una cuestión provocada por el hecho de que los Derechos sustantivos de los Estados miembros sean diferentes los unos de los otros*” (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁵³). En efecto, el obstáculo en las situaciones privadas internacionales no creadas se produce porque las normas de DIPr. son diferentes en cada Estado miembro.

59. La solución de futuro posible puede ser ésta: la elaboración, por parte de las autoridades de la UE, de “normas de conflicto uniformes”, únicas en todos los Estados miembros. La unificación futura de todas las normas de conflicto de leyes es inevitable si se quiere construir realmente un auténtico espacio judicial europeo. Consecuentemente, la Ley aplicable a una concreta situación jurídica privada de carácter internacional será la misma, con independencia del tribunal estatal que conozca del asunto. Como ha sido indicado, las libertades de las que disfruta el ciudadano de la UE no pueden verse perjudicadas por ninguna norma de DIPr. de los Estados miembros⁵⁴.

⁵² P. LAGARDE, “Du 14 octobre 2008 – Cour de justice des communautés européennes (Grande Chambre), aff. C-353/06”, *RCDIP*, nº 1, 2009, pp. 86-93.

⁵³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 77.

⁵⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 76.

60. En definitiva, la supresión de barreras jurídico-públicas y barreras jurídico-privadas, facilitará el logro de uno de los objetivos de la UE: la creación de un auténtico espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y de un verdadero mercado interior.

61. La creación de un auténtico espacio judicial europeo tiene sentido como “apoyo” a un “correcto funcionamiento” del mercado interior. No era necesario convertir el espacio judicial europeo en un “objetivo político”. La UE, como unidad política en formación (*statu nascendi*) exige un auténtico espacio judicial europeo. No obstante, parece más un cambio estético realizado para “desvincular” el espacio judicial europeo de los objetivos económicos. En sintonía con ello, ese cambio puramente estético externo formal no cambia la naturaleza de las cosas. Y eso es así porque, se quiera o no se quiera, para formar un solo “Estado” resulta necesario que los países que forman parte de la UE compartan determinados valores sociales, morales y jurídicos que los Estados Miembros de la UE, a día de hoy, no comparten. En consecuencia, el espacio judicial europeo sigue actuando como “herramienta” para construir el mercado interior.

c) El DIPr. y el espacio judicial europeo: Competencia judicial internacional, Ley aplicable y Eficacia extraterritorial de decisiones

62. Además de la supresión de barreras jurídico-públicas y barreras jurídico-privadas, el espacio judicial europeo tiene que combatir simultáneamente en tres frentes:

63. 1º) En el sector de la competencia judicial internacional, deben unificarse los criterios que determinen la competencia judicial internacional. Así las cosas, en caso de controversia respecto a una situación jurídica privada de carácter internacional, las partes intervinientes conocerán ante qué tribunal de qué Estado miembro deben interponer la demanda, sabrán qué tribunal es competente para resolver una controversia jurídica. La inexistencia de criterios uniformes que determinen la competencia judicial, comporta inseguridad jurídica al ciudadano. Éste ignora qué tribunal de qué Estado miembro es competente para conocer la controversia. La inseguridad jurídica actúa como obstáculo al ejercicio efectivo del comercio internacional.

64. 2º) El ámbito de Ley aplicable, debe perseguir la unificación de las normas de conflicto. Si el ciudadano observa que la Ley aplicable a una situación jurídica privada internacional todavía “no creada” por parte de los tribunales de un Estado miembro es menos favorable o más rígida a su pretensión que la Ley que aplicarían los tribunales del Estado miembro donde se encuentra, estimará la posibilidad de no “cruzar la frontera” aun cuando ello le suponga un perjuicio en otros aspectos de su vida. En este sentido, la UE dispone de normas armonizadas en materia de la Ley aplicable a la responsabilidad civil y a los contratos⁵⁵.

65. Por ejemplo, dos cónyuges irlandeses con residencia habitual en España quieren divorciarse. Al marido le ofrecen un trabajo muy bien remunerado en Irlanda. Si la Ley irlandesa es más rígida a su pretensión – la obtención de divorcio – que la Ley española, el ciudadano irlandés rechazará el empleo. El marido prefiere la aplicación de

⁵⁵ Reglamento CE N ° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 Junio 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), [OJ L 177, de fecha 4.7.2008], p. 6.

la Ley española al divorcio, puesto que, le es más favorable. Consecuentemente, el ciudadano irlandés optará por no “cruzar la frontera” España-Irlanda para la obtención del trabajo, puesto que, el “cambio de Ley aplicable” le supone un perjuicio en materia de divorcio. Sacrificará la oferta de empleo y no viajará a Irlanda.

66. 3º) El sector de la validez extraterritorial de decisiones debe unificar, por imperativo del principio de mutuo reconocimiento, los criterios de validez extraterritorial de decisiones. Una situación jurídica “creada” o una resolución judicial dictada en un Estado miembro debe poder circular libremente por el territorio de los Estados miembros que integran la UE. Si una autoridad pública o un Juez de cualquier Estado miembro adopta una decisión, ésta debe considerarse, como regla general, válida y eficaz, no sólo en el territorio en el que la situación jurídica fue “conocida” o la resolución judicial fue “dictada”, sino también, en el territorio de los demás Estados miembros. *A sensu contrario*, el ciudadano se sentiría desincentivado a circular en la UE. Se vulneraría el derecho fundamental al ejercicio de sus libertades.

67. En este sentido, si el Encargado del Registro Civil de un Estado miembro inscribe el apellido de un sujeto y éste, tiempo después “cruza la frontera”, la certificación en la que consta el apellido inscrito, resultará válida en el Estado miembro de destino. ¿Qué importa qué Ley aplicó el Encargado del Registro Civil? La decisión que la autoridad pública de un Estado miembro adopte debe poder circular libremente en el territorio de la UE.

68. En todo caso, las diferencias de los sistemas judiciales de los Estados miembros no deben obstaculizar el ejercicio de la función judicial. Por ejemplo, la revisión de las normas sobre el traslado y la notificación de los actos ha permitido mejorar la cooperación judicial⁵⁶. Ahora bien, para evitar que los distintos sistemas judiciales de los Estados miembros dificulten la actuación judicial, la UE debe adoptar medidas destinadas a garantizar unas mínimas actuaciones procesales. Y también en el supuesto de un sistema completo de obtención de pruebas⁵⁷, fijación de plazos de ejecución, limitación de los motivos de denegación en los asuntos transnacionales. A este respecto, resultará imprescindible, el estudio⁵⁸ sobre la prueba electrónica, las oportunidades que ofrece la videoconferencia y la fácil admisión de las pruebas entre Estados miembros, incluidas las pruebas científicas.

⁵⁶ Reglamento CE N ° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 13 noviembre 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento CE N ° 1348/2000 del Consejo, [OJ L 324, de fecha 10.12.2007], p. 79.

⁵⁷ M. P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la UE*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

⁵⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, [COM (2009) 262 final Bruselas, de fecha 10.06.2009].

4. El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y el derecho fundamental del ciudadano de la UE a circular y residir libremente en el territorio de la UE (art. 21 TFUE)⁵⁹

69. Algún autor⁶⁰ considera que precisar de forma clara el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia más allá de la afirmación que hace referencia a la seguridad y justicia de la libre circulación de personas es una cuestión difícil. Ahora bien, la libre circulación de factores productivos en el territorio de los Estados miembros, libre circulación de mercancías, de trabajadores, de capital, de prestación de servicios y el establecimiento de personas jurídicas, asegura el efectivo ejercicio de las libertades recogidas en la Versión consolidada TUE-TFUE. E incluso más, el Tratado de Lisboa por el que se modifica la Versión consolidada TUE-TFUE, garantiza el derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano de la UE en el territorio de los Estados miembros (art. 21 TFUE). Ninguna norma de conflicto de leyes de DIPr. contenida en los sistemas jurídicos de cada Estado miembro debe generar un obstáculo al ejercicio de dicha libertad y de las demás libertades fundamentales.

70. La relación entre el espacio de libertad, seguridad y justicia y el derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano de la UE en el territorio de los Estados miembros puede justificarse en el siguiente sentido: de un lado, el art. 21 TFUE le concede al ciudadano de la UE, si bien no al ciudadano nacional de un tercer Estado, el derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El “ciudadano de la UE” es el titular del derecho contemplado. De otro lado, la creación y el establecimiento progresivo del espacio de libertad, seguridad y justicia, tiene como beneficiario a cualquier persona, independientemente de que sea, o no, ciudadano de la UE.

71. En cualquier caso, en la *praxis*, cualquier ciudadano, con independencia de que sea o no nacional de un Estado miembro, tiene derecho a circular y residir libremente siempre que se halle en el territorio de la UE, sin perjuicio de la literalidad del art. 21 TFUE.

5. Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y DIPr.: el espacio judicial europeo y el intercambio internacional

72. La creación del espacio judicial europeo, parte de la premisa siguiente: los seres humanos necesitan intercambiar entre ellos todo tipo de bienes, servicios y recursos, para poder mejorar su bienestar. El efectivo intercambio entre los seres

⁵⁹ Art. 21 TFUE: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. E incluso más, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de dicho derecho”.

⁶⁰ F. KAUFF – GAZIN, « L’espace de liberté de sécurité et de justice : un laboratoire de la cohérence » en V. MICHEL (DIR.) *Le droit, les institutions et les politiques de l’Union européennes face à l’impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, p. 291; H. LABAYLE, « Instruments et procédure de l’espace de liberté, sécurité et justice : quelques réflexions critiques » en G. DE KERCHOVE / A. WEYEMBERG (DIRS.) *Quelles réformes pour l’espace pénal européen?*, Édition de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 41-58.

humanos no se limita a los que viven en un mismo país, sino todo lo contrario, el intercambio transnacional favorece el incremento del bienestar de aquellos que intervienen en el tráfico internacional.

73. ¿Por qué no tiene lugar un auténtico intercambio internacional? El ciudadano de la UE está “preocupado”, el riesgo y la incertidumbre propios del comercio internacional le acechan. Prefiere sacrificar su bienestar a intercambiar porque el intercambio le resulta muy arriesgado. En virtud del análisis efectuado, además de la supresión de las barreras jurídico-públicas y barreras jurídico-privadas, el efectivo comercio internacional, precisa la erradicación de un “tercer grupo de obstáculos” integrado por las nociones de riesgo, incertidumbre, desconfianza, preocupación e inseguridad en el ámbito del intercambio internacional.

74. La eliminación del “tercer grupo de obstáculos” requiere la elaboración de un solo instrumento jurídico de DIPr. que proporcione un régimen jurídico, cierto y previsible en los tres sectores que integran el DIPr., el sector de la competencia judicial internacional, el ámbito de Ley aplicable y el sector de la validez extraterritorial de decisiones. Con ello, se evita la generación de situaciones jurídicas claudicantes, puesto que, se pretende alcanzar la libre circulación de situaciones jurídicas y resoluciones judiciales “ya creadas” y se proporciona seguridad jurídica al tráfico internacional.

75. La elaboración de un solo instrumento jurídico de DIPr. dota de seguridad jurídica a la situación privada internacional. Los dos sujetos intercambiarán, puesto que, algo o alguien externo a tales sujetos - el régimen jurídico de DIPr. aplicable a las situaciones jurídicas privadas de carácter internacional - les asegura que en el caso de que uno de los sujetos no cumpla aquello a lo que se comprometió, se le obligará coactivamente a ello. En consecuencia, el ciudadano se libera de toda preocupación e inicia, sin duda y sin demora, intercambios internacionales con los ciudadanos de los distintos Estados miembros.

76. En definitiva, la UE tiene por objeto la creación de un espacio judicial europeo que asegure un correcto funcionamiento del mercado interior en el que se garantice el efectivo ejercicio de las libertades recogidas en la Versión consolidada TUE-TFUE (libre circulación de personas y factores productivos).

77. La creación de un espacio judicial europeo precisa la eliminación de los obstáculos de Derecho privado, a través, de la adopción de los siguientes mecanismos: la traba de Derecho privado que incida en una situación privada internacional “ya creada” puede superarse con la aplicación del principio de mutuo reconocimiento. Ahora bien, si el obstáculo de Derecho privado interviene en una situación jurídica privada internacional que “todavía no ha sido creada”, éste puede salvarse a partir de la puesta en práctica de una solución de futuro que consiste en unificar las normas de conflicto de leyes. E incluso más, también resulta necesaria la erradicación de los impedimentos que forman parte del “tercer grupo” – riesgo, incertidumbre, desconfianza, preocupación e inseguridad en el ámbito del intercambio internacional –. Para ello, es imprescindible la elaboración de un instrumento jurídico de DIPr. que proporcione un régimen jurídico, cierto y previsible en los tres sectores que lo integran: el sector de la competencia judicial internacional, el ámbito de Ley aplicable y el sector de la validez extraterritorial de decisiones. Con todo ello, la UE logrará garantizar las

condiciones para que se produzca un efectivo comercio internacional entre los sujetos radicados en los Estados miembros.

6. Técnicas para la creación y el establecimiento progresivo de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE

78. La UE, para la creación y el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia, deberá adoptar *medidas en materia de cooperación judicial civil con repercusión transfronteriza* (arts. 67 y 81 TFUE).

79. 1º) “*La cooperación judicial en materia civil...*” tiene por objeto establecer una estrecha colaboración entre las autoridades de los distintos Estados miembros que componen el territorio de la UE. En consecuencia, las medidas de cooperación judicial en materia civil que puede adoptar la UE pueden concretarse, entre otras, en las siguientes⁶¹: a) Unificación de las normas de competencia judicial internacional y de las normas de conflicto de los Estados miembros en materias de Derecho privado; b) Unificación de los criterios de validez extraterritorial de decisiones y de los procedimientos de notificación de documentos judiciales y extrajudiciales y de obtención de pruebas entre los Estados miembros; c) Normas de procedimiento civil.

80. 2º) “*...con repercusión transfronteriza*”: las instituciones de la UE adoptarán medidas en materia de cooperación judicial civil si la relación jurídica privada ostenta un carácter “internacional”. La situación jurídica privada se considerará “internacional” si se encuentra “conectada” con una pluralidad de países, esto es, si produce “efectos conectados” con otros Estados (Tesis del “efecto internacional”). En definitiva, una situación jurídica privada, puede adquirir el carácter “internacional”, en la medida en la que se halle conectada con el contexto internacional, independientemente de que contenga, o no, elementos extranjeros.

81. La creación de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia es una ardua tarea. La puesta en funcionamiento de las técnicas siguientes constituye “la llave” para su instauración: el principio de mutuo reconocimiento y la unificación de las normas de conflicto de leyes y sobre competencia judicial internacional.

A) El principio de mutuo reconocimiento

82. El principio de mutuo reconocimiento⁶² constituye una herramienta jurídica que consiste en que toda situación jurídica legalmente creada, válida y existente en un Estado miembro debe ser considerada válida y existente en todos los demás Estados miembros, con independencia de la “Ley estatal” que la autoridad del Estado miembro de origen aplicó para crear la situación jurídica.

⁶¹ A .L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 88-89.

⁶² Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de fecha 15 de enero de 2.001 [DOCE núm. C 12, de fecha de 15.01.2001]; Un análisis de este Proyecto resulta elaborado por C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *REDI*, vol. LII, n º 2, 2000, pp. 662-669.

83. La entrada del principio de mutuo reconocimiento en el Derecho de la UE derivado permite distinguir tres fases⁶³:

1º) Primera fase: el principio de mutuo reconocimiento surge en la jurisprudencia del TJCE. El asunto *Cassis de Dijon*⁶⁴ supera la idea inicial de los Tratados, construidos en relación a la supresión de obstáculos a los intercambios de bienes, personas y servicios (integración negativa) y, también, en torno a la armonización de legislaciones (integración positiva).

2º) Segunda fase: el principio de mutuo reconocimiento se manifiesta en el Libro Blanco⁶⁵ para la ejecución del Mercado interior.

3º) Tercera fase: incoada por la matización del alcance del principio del reconocimiento mutuo a partir de las cláusulas de “interés general”⁶⁶, que pueden restringir la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios únicamente si el Derecho de la UE admite dichas restricciones. En particular, el Derecho de la UE precisa cuatro condiciones para la admisión de medidas restrictivas⁶⁷: la primera

⁶³ M. GUZMÁN ZAPATER, “El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado Comunitario? (A propósito de la comunicación de la comisión: libre prestación de servicios e interés general en la segunda directiva bancaria), *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 2, nº 3, 1998, pp. 137-170; Id., “Un elemento federalizador para Europa: El reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 5, nº 10, 2001, pp. 405-438.

⁶⁴ STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, (Asunto 120/78). El Derecho de la UE no regula la materia “producción y comercialización de bebidas alcohólicas”. Por tanto, serán los Estados miembros los que deban regular las cuestiones relativas a la producción y comercialización de las bebidas alcohólicas en su territorio. La disparidad de legislaciones nacionales respecto a la comercialización de un producto puede generar obstáculos a la libre circulación de mercancías en el territorio de los Estados miembros. En el asunto concreto, Francia tiene la intención de importar un lote de licor de frutas “Cassis de Dijon” a la República Federal de Alemania. La República Federal de Alemania obstaculiza la importación. La Ley alemana (art. 100 BRANNTWEINMONOPOLGESETZ) dispone la cantidad mínima de alcohol que deben contener los licores y aguardientes. El licor de frutas “Cassis de Dijon” no alcanza el mínimo contenido de alcohol exigido por la Ley alemana (25% para licores de frutas). Por tanto, “Cassis de Dijon” no cumple los requisitos exigidos por la legislación nacional alemana para su comercialización en dicho territorio. Ahora bien, en este asunto, la Ley estatal alemana que fija un determinado contenido de alcohol respecto de una bebida concreta (“Cassis de Dijon”) incluye tácitamente una Ley que prohíbe la importación de las bebidas alcohólicas que han sido legalmente producidas y comercializadas en otro Estado miembro (Francia). El TJCE se posiciona en la afirmación siguiente: las bebidas alcohólicas legalmente producidas y comercializadas en uno de los Estados miembros deben ser introducidas en cualquier otro Estado miembro. La venta de estos productos no podrá ser objeto de una prohibición legal sobre la comercialización de bebidas con un contenido de alcohol inferior al límite establecido por las normas nacionales.

⁶⁵ Libro Blanco sobre el mercado interior, punto 137 (memorándum de la Comisión al Parlamento, al Consejo y a los interlocutores sociales) Mercado interior y cooperación industrial - Estatuto de la sociedad europea – [COM (88) 320, junio de 1988].

⁶⁶ A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 476; V. HEUZE, “De la compétence du principe d'origine en matière contractuelle ou l'anti droit européen”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 393-416; E. ZABALO ESCUDERO / M. P. DIAGO DIAGO, “Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, nº 130, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 245-309.

⁶⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 166-174.

consiste en que debe perjudicar el libre acceso al ejercicio de la actividad económica; la segunda viene referida a la ausencia de normas jurídicas de la UE que regulen el acceso a una determinada profesión; la tercera exige que la restricción impuesta no puede ser discriminatoria, puesto que, la medida restrictiva se aplicará a todo sujeto que ejerza la actividad en el territorio del Estado; la cuarta considera que debe ser una medida objetivamente necesaria porque la restricción se fundamenta en “razones imperiosas” ligadas al interés general que justifican estas medidas restrictivas.

84. El principio de mutuo reconocimiento debe actuar como “piedra angular”⁶⁸ de la tutela judicial efectiva en la UE, puesto que, constituye una herramienta de DIPr. dirigida a garantizar, al ciudadano de la UE, el ejercicio de sus derechos fundamentales y de las libertades recogidas en la Versión consolidada TUE-TFUE. La UE facilitará la tutela judicial, tomando en especial consideración el principio de mutuo reconocimiento para con las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil (art. 67.4 TFUE). En este sentido, el principio de mutuo reconocimiento actúa como mecanismo de integración estatal o/y supraestatal de mercados nacionales⁶⁹. Esta regla permite que la existencia de distintos Derechos sustantivos y de diferentes sistemas de DIPr. en cada Estado miembro, no opere como obstáculo a la libre circulación de factores productivos en la UE⁷⁰.

85. El principio de mutuo reconocimiento presenta, entre otras, las ventajas siguientes⁷¹: 1º) Un “factor político” que implica una exigencia de coherencia internacional que se conceptúa como continuidad en el espacio, seguridad jurídica, proximidad de la “Ley aplicable-situación jurídica” y previsibilidad para las partes implicadas, respecto a las situaciones jurídicas privadas internacionales. 2º) Un “factor técnico” fundado en la inadecuación de la norma de conflicto clásica para regular los

⁶⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, [COM (2009) 262 final. Bruselas, de fecha 10.06.2009]; M. DE HOYOS SANCHO, “La “piedra angular” de la cooperación judicial en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: el reconocimiento mutuo de resoluciones” en J. M. ALONSO MARTÍNEZ / A. A. HERRERO DE LA FUENTE (COORDS.) *El Tratado de Roma en su Cincuenta Aniversario (1957-2007)*, Comares, Granada, 2007, pp. 285-307; M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: El reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 5, nº 10, 2001, pp. 405-438 expresa “En este Proyecto el legislador se ha decantado por el principio de reconocimiento mutuo llamado a ser “la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal de la Unión”.

⁶⁹ M. AYRAL, «Le Marché Interieur a 700 jours de l'écheance du 31 décembre 1992: bilan et perspectives», *RMUE*, nº 2, 1991, pp. 105 y ss; J. BASEDOW, «Le Marché unique, programme de déréglementation», *Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 3, 1993, pp. 619 y ss; L. GONZÁLEZ VAQUÉ / S. ROMERO MELCHOR, «Las cláusulas de reconocimiento mutuo en el ámbito del mercado único», *Derecho de los Negocios*, nº 77, feb. 1977, pp. 10 y ss; M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: El reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 5, nº 10, 2001, pp. 405-438; M. LÓPEZ ESCUDERO, «La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *GacetaJ.*, Serie D-19, 1993, pp. 119 y ss; A. MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas. Su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 309 y ss.

⁷⁰ E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, vol. XLII, nº 2, 2006, pp. 353-360, esp. p. 360.

⁷¹ CH. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *RCDIP*, vol. XCVII, nº 3, 2008, pp. 513- 560, esp. pp. 513 y 518.

efectos jurídicos de un Estado miembro de las situaciones privadas internacionales efectivamente creadas en otro Estado miembro.

86. El principio de mutuo reconocimiento opera como la estrategia más acertada y efectiva respecto a la resolución de concretas situaciones jurídicas privadas internacionales controvertidas “creadas”. En este sentido, la autoridad competente en cada Estado miembro determinará la norma de conflicto de leyes aplicable a una situación privada internacional. En consecuencia, también fijará, como punto de conexión, la Ley nacional, la Ley de la residencia habitual o cualquier otra que estime adecuada, respecto a una situación jurídica privada internacional. Sin embargo, no debe rechazar el reconocimiento de una situación jurídica legalmente creada, válida y existente en otro Estado miembro. El Estado miembro de destino no debe controlar la norma de conflicto de leyes que aplicó el Estado miembro de origen⁷². Ni tampoco aplicar “su” norma de conflicto a dicha situación.

87. Ahora bien, la determinación de la Ley aplicable resulta necesaria para fijar la existencia y validez de una situación jurídica privada internacional. La “creación” de una situación jurídica privada internacional requiere: en un primer momento, la presencia de una autoridad pública o tribunal competente que conozca de la controversia. Con posterioridad, dicha autoridad pública o tribunal tiene que aplicar una Ley a la controversia de conformidad con lo establecido en sus normas de DIPr. En último lugar, la misma autoridad pública o tribunal debe conceder a la situación jurídica privada internacional los efectos que deriven de la misma.

88. En consecuencia, la elección del método de reconocimiento no elimina el conflicto de leyes⁷³. “La norma de reconocimiento es una regla de conflicto de sistemas” (P. LAGARDE, G. P. ROMANO⁷⁴). La situación jurídica privada internacional se rige por el DIPr. del Estado miembro cuya autoridad pública o tribunal intervino para crear dicha situación jurídica.

89. No obstante, si toda situación jurídica legalmente creada, válida y existente en un Estado miembro (incluidas las “situaciones puramente privadas”) es considerada, en todo caso y sin excepción, válida y existente, en los demás Estados miembros se plantea el inconveniente siguiente: una “situación jurídica puramente privada” es aquella que no ha sido “conocida” por ninguna autoridad pública. En efecto, una situación jurídica “no conocida” nunca podrá ser “re-conocida”.

90. Ahora bien, el principio de mutuo reconocimiento facilita el correcto funcionamiento del mercado interior. El ciudadano de la UE ejercerá sus derechos

⁷² D. CARREAU/ P. LAGARDE/ H. SYNDET, “La reconnaissance des noms patronymiques”, *Répertoire de Droit International*, Dalloz, Paris, janvier 2009, pp. 13-15. A *sensu contrario*, M. GARDEÑES SANTIAGO, “Reconocimiento mutuo y principio del Estado de origen: su incidencia en el ámbito del Derecho aplicable” en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (COORD.) *Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 521-537.

⁷³ G. CUNIBERTI, “Commentaires, Conflits de Jurisdictions”, *FDI*, 2008, pp. 145-153.

⁷⁴ P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”. *RabelsZ Bd.*, n° 68, 2004, pp. 225-243, esp. pp. 229 y 233; G. P. ROMANO, “La bilatéralité éclipse par l’autorité”, *RCDIP*, vol. XCV, n° 3, 2006, pp. 457-519.

fundamentales y libertades recogidas en la Versión consolidada TUE-TFUE si el ámbito en el que se desarrolla evidencia “seguridad jurídica internacional” y “confianza” entre los Estados miembros. Respecto a la “seguridad jurídica internacional” los sujetos radicados en los distintos Estados miembros conocerán qué autoridad pública o tribunal resulta competente para conocer la situación jurídica privada internacional y qué Ley resultará aplicable a la cuestión controvertida. En relación con la “confianza”, la autoridad pública del “Estado miembro de destino” debe considerar que la situación jurídica legalmente creada, válida y existente en el “Estado miembro de origen” resulta válida y existente en dicho “Estado miembro de destino” y en los demás Estados miembros. Las resoluciones judiciales y las decisiones dictadas por una autoridad pública deben poder circular en el territorio de la UE, con independencia de la “Ley estatal” que la autoridad pública o tribunal del “Estado miembro de origen” aplicó para crear la situación jurídica.

91. En definitiva, se propugna la formación de una “cultura judicial europea” en la que los tribunales de cada Estado miembro deben actuar juntos de conformidad con sus tradiciones jurídicas nacionales. Por esta razón, la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos de cada uno de los Estados miembros no debe impedir o disuadir a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos fundamentales y de las libertades recogidas en la Versión consolidada TUE-TFUE. Sin embargo, la tendencia evolutiva de la UE pone de relieve que ésta pretende operar, desde el punto de vista judicial, de un modo similar a como opera un solo Estado. En otras palabras, la UE puede llegar a convertirse en un “Estado de Estados”, si bien, mientras la UE no resulte considerada como un único Estado, la soberanía de cada Estado miembro frena la libre circulación del ciudadano de la UE y de los demás factores productivos. *A sensu contrario*, en el hipotético caso de que la UE se convierta en un Estado, los Estados miembros pasarán a ser meras “regiones no soberanas” que carecerán de normas de DIPr. nacional y de límites nacionales a la libre circulación del ciudadano de la UE y del resto de factores productivos.

92. El TJCE⁷⁵ otorga a un Estado miembro – “Estado miembro de destino” –, la opción de no reconocer una resolución judicial y demás situaciones jurídicas legalmente creadas, válidas y existentes en el “Estado miembro de origen” si resultan contrarias al orden público internacional del “Estado miembro de destino”. E incluso más, “resultar contrario al orden público internacional” no es el único límite impuesto al reconocimiento de situaciones adquiridas. *“No puede reconocerse cualquier situación creada en cualquier lugar. Independientemente de la condición de conformidad con orden público, el reconocimiento puede estar subordinado, no a la aplicación de una Ley cierta, pero sí a la existencia de ciertos lazos de la situación con su Estado de origen”* (P. GOTHOT / P. LAGARDE⁷⁶). En sintonía con ello, también debe poder denegarse el reconocimiento de una situación jurídica privada internacional si el contacto que presenta el supuesto planteado con el Estado miembro en el que la situación ha sido creada constituye un contacto falso, inexistente y artificial. Ahora

⁷⁵ STJCE 14 octubre 2008 *Grunkin-Paul* (Asunto C.353/06), STJUE 22 diciembre 2010 *Sayn-Wittgenstein* (Asunto C.208/09). El “mutuo reconocimiento” se rechazará si concurren “consideraciones objetivas que resulten proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido”.

⁷⁶ P. GOTHOT / P. LAGARDE, “Conflits de lois, principes généraux”, *Répertoire de Droit International*, Dalloz, Paris, janvier 2006, pp. 1-30, esp. p. 30.

bien, el “control de la Ley aplicada” y el “abuso de Derecho” no procederán como excepciones a la validez en un Estado miembro – Estado miembro de destino – de las situaciones jurídicas legalmente creadas en otro Estado miembro – Estado miembro de origen –⁷⁷.

93. En consecuencia, el TJCE⁷⁸ prefiere un sistema en el que las resoluciones judiciales y demás situaciones legalmente creadas, válidas y existentes en un Estado miembro se reconozcan de modo automático – sin perjuicio de la posible emisión de una certificación por el “Estado miembro de origen” que acredite su autenticidad o veracidad –, en todo el territorio de la UE sin que se interpongan procedimientos intermedios o motivos que denieguen la ejecución, generando una duración desmesurada del proceso, incremento de la incertidumbre, disminución de la previsibilidad o expectativas favorables dentro del tráfico internacional, etc.

94. Según CH. PAMBOUKIS⁷⁹ “*las normas de conflicto tradicionales, cuyo alcance es incierto, no se adaptan al reconocimiento de las relaciones jurídicas que ya existen*”. La afirmación de CH. PAMBOUKIS puede encontrar su razón de ser en el control de “Ley aplicada” que realiza Francia, en calidad de “Estado miembro de destino”, respecto al reconocimiento de una situación jurídica legalmente creada, válida y existente en el “Estado miembro de origen”. Ahora bien, el “Estado miembro de destino” no debe controlar la norma de conflicto de leyes que aplicó el “Estado miembro de origen”. La situación jurídica privada internacional fue “creada” en el “Estado miembro de origen”. La autoridad pública o tribunal del “Estado miembro de origen” le otorgó una Ley de conformidad con sus normas de DIPr. y la dotó de los efectos jurídicos que derivan de la misma. En consecuencia, el “Estado miembro de destino” debe limitarse a “re-conocer” tal cual dicha situación jurídica privada internacional “ya creada”. Por tal razón, el principio de mutuo reconocimiento resulta aplicable a resoluciones judiciales⁸⁰ y a situaciones jurídicas en las que ha intervenido una autoridad pública⁸¹ de un Estado miembro.

⁷⁷ A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 475-476.

⁷⁸ L. N. GONZÁLEZ ALONSO, “La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, Año nº 2, nº 4, 1998, pp. 501-548, esp. pp. 514-527; M. URREA CORRES, “El espacio de libertad, seguridad y justicia y la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: hacia una jurisdicción flexible” (Segundo Premio), *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 23, 2003, pp. 65-102.

⁷⁹ CH. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance”, *RCDIP*, vol. XCVII, nº 3, 2008, pp. 513-560, esp. p. 513.

⁸⁰ M. DE HOYOS SANCHO, “La “piedra angular” de la cooperación judicial en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: el reconocimiento mutuo de resoluciones” en J. M. ALONSO MARTÍNEZ / A. A. HERRERO DE LA FUENTE (COORDS.) *El Tratado de Roma en su Cincuenta Aniversario (1957-2007)*, Comares, Granada, 2007, pp. 285-307; M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: El reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 5, nº 10, 2001, pp. 405-438; P. MAYER, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 547-573; H. MUIR-WATT, “Le rencontre dans l'espace de figures hybrides”, *Revue Générale de Procédures*, nº 4, 1998, pp. 711-725.

⁸¹ P. MAYER, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 547-573; H. MUIR-WATT, “Le rencontre dans l'espace de figures hybrides”, *Revue Générale de Procédures*, nº 4, 1998, pp. 711-725; CH. PAMBOUKIS, “Note ss Paris, 2

95. El principio de mutuo reconocimiento resulta aplicable a:

96. 1º) Nivel uno: *Resoluciones judiciales*. Una decisión judicial adoptada por la autoridad del “Estado miembro de origen” debe ser considerada válida y existente en los demás Estados miembros. El Juez del “Estado miembro de origen”, competente para conocer de la situación jurídica controvertida, aplicará la normativa pertinente y dotará a la situación jurídica de los efectos propios que deriven de la misma (por ejemplo, el efecto de cosa juzgada). Por tanto, la autoridad del “Estado miembro de destino”, no deberá controlar la norma de conflicto de leyes que aplicó la autoridad del “Estado miembro de origen” ni deberá otorgarle efectos distintos de los que la situación jurídica controvertida adquirió en dicho momento.

97. Existen instrumentos jurídicos internacionales que aseguran la libre circulación de resoluciones judiciales en virtud de la aplicación del principio del mutuo reconocimiento. Por ejemplo: Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁸²; Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados⁸³.

98. 2º) Nivel dos: *actos públicos o intervenidos por autoridad pública*. Los actos intervenidos por autoridad pública (por ejemplo, la inscripción en un Registro, firma de escritura pública ante notario, documentos públicos con fuerza ejecutiva...), al igual que sucede en las resoluciones judiciales dictadas por la autoridad de un Estado miembro, deben gozar del beneficio de la aplicación del principio de mutuo reconocimiento. En este sentido, el reconocimiento mutuo podría extenderse a materias aún no cubiertas por el Derecho de la UE, como las sucesiones y los testamentos, los regímenes matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de la separación⁸⁴. La autoridad pública del “Estado miembro de origen” conocerá la situación jurídica privada y, de conformidad con su normativa, la dotará de los efectos pertinentes que deriven de la misma (por ejemplo, efecto declarativo o efecto constitutivo). Consecuentemente, la autoridad pública del “Estado miembro de destino” deberá considerar válida y existente la situación jurídica privada creada en el “Estado miembro de origen” sin necesidad de controlar la norma de conflicto de leyes aplicada ni le concederá efectos distintos de aquéllos que adquirió.

99. Por tanto, una escritura pública otorgada ante notario de un Estado miembro, perteneciente al nivel dos, no adquirirá efecto de cosa juzgada, que forma parte del nivel

avril 1998: Cour d’appel de Paris – Mme Collomp, près., M. Lautru, av. Gén. – Mmes Derlorme et Markon, av., *RCDIP*, vol. LXXXVIII, n.º 1, 1999, pp. 102-108.

⁸² Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [DOUE, Serie L, Núm. 12, de fecha 16 de enero de 2001].

⁸³ Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. [DOUE, Serie L, Núm. 143, de fecha 30 de abril de 2004].

⁸⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, [COM (2009) 262 final, Bruselas, de fecha 10.06.2009].

uno, en el “Estado miembro de destino”. La situación jurídica privada legalmente creada en el “Estado miembro de origen” se exporta, tal cual, al “Estado miembro de destino” para que proceda su reconocimiento y ejecución, puesto que, sólo así, los efectos jurídicos en el “Estado miembro de origen” coinciden con los efectos jurídicos en el “Estado miembro de destino”.

100. No obstante, determinadas situaciones privadas internacionales se hallan desprotegidas, ¿qué sucede con las resoluciones públicas no judiciales sin fuerza ejecutiva?⁸⁵. Nada indican los instrumentos legales internacionales acerca del reconocimiento en los Estados miembros de los actos contenidos en las resoluciones dictadas por autoridades de los Estados miembros de la UE que no son resoluciones judiciales.

101. La cuestión plantea un difícil problema. Cada Estado miembro dispone de normativa propia que determina en qué casos y circunstancias deben considerarse admitidos los efectos constitutivos de tales resoluciones públicas no judiciales. Por ejemplo, España utiliza el mecanismo de control de la Ley aplicada por la autoridad extranjera. “*Para hacer Justicia en los casos internacionales, es necesario que la solución que ofrezca no sólo sea “segura” e “intrínsecamente justa” sino que presente “continuidad en el espacio”*” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁸⁶).

102. CH. PAMBOUKIS⁸⁷ va más allá. Extiende la aplicación del principio de mutuo reconocimiento a las situaciones puramente privadas: “*No sólo los actos semi-public estarían sometidos a los procedimientos de reconocimiento, sino que relaciones privadas ya constituidas, también estarían sometidas a los procedimientos de reconocimiento.*”

103. El principio de mutuo reconocimiento no se aplicará a los “actos puramente privados”, que forman parte del nivel tres. La situación jurídica “puramente privada” presenta los caracteres siguientes: 1º) Surge de la Ley (*ope legis*). Por ejemplo, la adquisición de la mayoría de edad de un sujeto es una situación jurídica “puramente privada”. En España, cuando el sujeto cumple dieciocho años adquiere automáticamente, por ministerio de la Ley, la mayor edad. Ninguna autoridad pública o tribunal español debe intervenir para acreditar o declarar la adquisición de la mayor edad por parte del sujeto. 2º) Se exporta “vía norma de conflicto”. Por ejemplo, un sujeto alemán que reside en España adquiere la mayor edad con arreglo a la Ley alemana porque el art. 9.1 CC indica que el estado civil y la capacidad se rigen por la Ley nacional del sujeto. El sujeto alemán, mayor de edad según lo previsto en la Ley sustantiva alemana, se considerará también mayor de edad en España porque la “norma de conflicto de leyes española” (art. 9.1 CC) así lo establece. La norma de conflicto “importa”, con dirección a España, la solución jurídica recogida en la Ley alemana que

⁸⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 473-474.

⁸⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2004, p. 6.

⁸⁷ CH. PAMBOUKIS, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *RCDIP*, vol. XCVII, nº 3, 2008, pp. 513-560, esp. p. 515.

es la Ley de origen del sujeto. La situación jurídica originada en Alemania con arreglo a la Ley de dicho país “se importa” y “se traslada” hacia España.

104. La creación de un espacio judicial único en la UE requiere la supresión de todo control por parte del “Estado miembro de destino”, respecto a la determinación de la competencia judicial internacional, la Ley aplicada por la autoridad pública o tribunal del “Estado miembro de origen” y los efectos jurídicos que dicha autoridad pública o tribunal le otorgó.

B) La unificación de las normas de conflicto de leyes

105. El planteamiento del problema puede concretarse en el ejemplo siguiente: si un ciudadano de la UE “cruza la frontera” desde su país de origen hacia otro Estado miembro de la UE, con carácter general, si bien no siempre, puede producirse un “cambio de Ley aplicable”. El “cambio de Ley aplicable” tiene lugar porque las normas de DIPr. del “Estado miembro de origen” del ciudadano de la UE son diferentes de las normas de DIPr. del “Estado miembro de destino” de dicho sujeto⁸⁸.

106. En consecuencia, la situación jurídica privada internacional controvertida se halla “conectada” con, no sólo uno, sino dos o más sistemas jurídicos aplicables a dicha situación jurídica. La cuestión se erige sobre un “conflicto de leyes”. La pregunta surge rápidamente: ¿Cuál de los sistemas jurídicos aplicables resulta preferible? El conflicto de leyes provoca un problema “*de opción*”⁸⁹. La solución ante un conflicto de leyes comporta elegir una sola y única Ley aplicable.

107. Si las Leyes en conflicto forman parte del ordenamiento jurídico de un único Estado miembro, la autoridad de dicho Estado miembro elegirá, de entre todas las aplicables, aquélla que fuere preferible. No obstante, si las Leyes en conflicto se encuentran en ordenamientos jurídicos de Estados miembros diferentes, las autoridades del Estado miembro que conozcan del asunto decidirán, bien aplicar su propia normativa en virtud del principio de territorialidad de la Ley, o bien, aplicar las normas de DIPr. del país más conectado con el supuesto concreto. Este supuesto constituye una excepción al principio de exclusividad de DIPr., puesto que, el tribunal aplica “normas extranjeras” de DIPr. Sin embargo, si un tribunal de un Estado miembro aplicara una norma de conflicto de leyes unificada, la Ley aplicable a la situación jurídica privada internacional sería la misma con independencia del lugar donde litigue.

108. La norma de conflicto de leyes es imperativa⁹⁰. La “localización” del ordenamiento jurídico aplicable que efectúa la norma de conflicto de leyes concede seguridad jurídica y mayor previsibilidad en la Ley aplicable. El Derecho aplicable siempre es el mismo en asuntos similares, con independencia del interés de las partes.

⁸⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 76.

⁸⁹ Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. CXXXIX, 1973-II, pp. 275-385.

⁹⁰ El art. 12.6 CC indica que “Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”.

Los particulares no elegirán litigar ante los tribunales de un Estado miembro con el único fin de que las normas de conflicto de leyes conduzcan a la aplicación de la Ley material más favorable. En otras palabras, los particulares no especularán sobre la Ley aplicable. Ésta será la misma con independencia de los tribunales que conozcan del asunto.

109. La norma de conflicto de leyes puede ser unilateral o bilateral⁹¹. El uso de una u otra dependerá de la composición del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro. Debido a la complejidad metodológica que caracteriza a las normas de conflicto de leyes unilaterales, los sistemas jurídicos de DIPr. se hallan integrados, en su mayoría, por normas de conflicto de leyes bilaterales.

110. Si la norma de conflicto de leyes es unilateral, de conformidad con lo estipulado en el método del unilateralismo introverso⁹², cada Estado miembro tiene por función delimitar el ámbito de aplicación espacial de sus normas sustantivas. En consecuencia, el Juez de dicho Estado miembro deberá conocer la totalidad de las normas de conflicto de leyes que se encuentren conectadas con el supuesto.

111. Por ejemplo, un nacional francés con residencia habitual en Italia quiere divorciarse de su cónyuge, sujeto nacional español con residencia habitual en España. Si la norma de conflicto de leyes que regula el divorcio es unilateral, el Juez que conozca del asunto deberá manejar el contenido de la norma de conflicto francesa, italiana y española. El conocimiento de tales leyes fijará, cuál de ellas, debe regular el divorcio. No obstante, si el tribunal de un Estado miembro aplica la *Lex fori*, la Ley aplicable a la situación jurídica privada internacional será la Ley del lugar donde se litigue. Siguiendo el mismo ejemplo, si ambos sujetos pretenden divorciarse en Italia, la autoridad del Estado Italiano aplicará la Ley italiana, y, si pretenden obtener el divorcio en España, la autoridad del Estado español, aplicará la Ley española.

112. *A sensu contrario*, si la norma de conflicto de leyes es bilateral, se estará a lo dispuesto en el punto de conexión de la norma de conflicto de la *Lex Fori*. El Juez aplicará, bien la *Lex fori*, o bien, un Derecho extranjero de conformidad con lo que indique el punto de conexión.

113. Siguiendo un ejemplo similar: en materia de separación y divorcio, el art. 8 Reg. 1259/2010⁹³ (norma de conflicto bilateral) afirma que si los cónyuges que

⁹¹ B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *RCADI*, vol. CLXXXVI, 1984-III, p. 229; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios Homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5239-5270; P. GOTHOT, “Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé”, *RCDIP*, 1971, pp. 417-450; J. M. JACQUET, “Fonction supranationale de la règle de conflit de lois”, *RCADI*, vol. CCXCII, 2001, pp. 151-248; G. P. ROMANO, “La bilatéralité éclipse par l’authorité”, *RCDIP*, vol. XCV, n° 3, 2006, pp. 457-519.

⁹² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 274-275.

⁹³ Reglamento (UE) N° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial [DOUE L 343/14 de fecha 29.12.2010] cuyo art. 8 señala que a falta de elección de Ley aplicable el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la Ley del Estado “a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan

pretenden obtener el divorcio tienen una residencia habitual distinta en el momento de interposición de la demanda – en el supuesto planteado el nacional francés tiene su residencia habitual en Italia y el nacional español tiene su residencia habitual en España – la autoridad del Estado miembro competente para entrar a conocer del asunto aplicará la Ley del país de la última residencia habitual, siempre que no haya transcurrido más de un año desde la interposición de la demanda. Ahora bien, si no pudiere precisarse la Ley del país de la residencia habitual común de los cónyuges, el divorcio se regulará por la Ley del país de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de interposición de la demanda – Ley francesa y Ley española –. En su defecto, el divorcio se regirá por la Ley estatal ante cuyos órganos jurisdiccionales se haya interpuesto la demanda.

114. La disparidad de las legislaciones nacionales, consecuencia también del principio de territorialidad formal de la Ley, supone que la norma que rige en el Estado miembro de origen del ciudadano difiera de la norma aplicable en el Estado miembro de destino respecto a una misma situación jurídica privada internacional. Este cambio de Ley aplicable puede comportar, aun cuando no siempre, un obstáculo a la libre circulación del ciudadano de la UE⁹⁴.

115. Una posible solución a la cuestión planteada consiste en la unificación de las normas de conflicto. Las autoridades de la UE pueden elaborar “normas de conflicto uniformes” válidas en todos los Estados miembros que señalen la Ley aplicable a una situación jurídica. Para ello, la tarea de unificación de las normas de conflicto de leyes, puede distinguir dos niveles⁹⁵: 1º) *Ideal level*: tiene por objeto realizar un estudio orientado a proporcionar una norma de conflicto de leyes de elevada calidad. Ahora bien, la norma de conflicto de leyes es “relativista”⁹⁶. Confluyen diversas soluciones y el legislador optará por aquella que considere idónea. 2º) *Practical level*: la tarea de unificación de las normas de conflicto de leyes abandona el aspecto de “calidad” y fija por finalidad la erradicación de los antagonismos protagonistas de los distintos sistemas estatales de cada Estado miembro.

116. Consecuencia de ello, es que el “cruce de frontera” no comportará un “cambio de Ley aplicable”. No obstante, la unificación de las normas de conflicto se halla actualmente limitada a ciertos países y a determinados sectores materiales. Las

tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda, o en su defecto, c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de interposición de la demanda, o en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda”.

⁹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 76.

⁹⁵ K.D. KERAMEUS, «Procedural Harmonization in Europe», *AJCL*, vol. XLIII, 1995, pp. 401-416; La importancia de la unificación de las normas de conflicto de leyes resulta profundamente estudiada por H. GAUDEMET-TALLON, “De l'utilité d'une unification du Droit International Privé de la Famille dans l'Union Européenne?”, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185.

⁹⁶ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en Homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5239-5270.

normas de conflicto uniformes evitarán⁹⁷ el fenómeno del *Forum Shopping*. La Ley aplicable a la situación jurídica será la misma, cualquiera que sea el Estado miembro en el que se constituya la situación jurídica controvertida.

117. El efecto positivo de un DIPr. uniforme parte de la afirmación siguiente: a un mercado único le corresponde un solo Derecho⁹⁸. Un único DIPr. incrementa la “seguridad jurídica internacional”, intensifica la “previsibilidad” para las partes y reduce los costes conflictuales y el grado de incertidumbre en las situaciones jurídicas privadas internacionales. En definitiva, un DIPr. uniforme favorece el buen funcionamiento del mercado interior⁹⁹.

118. Por esta razón, las instituciones europeas apuestan por una armonización global del Derecho privado en el ámbito de la UE. Por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo 1989, relativa al esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros¹⁰⁰; la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo 1994, relativa a la armonización de determinados sectores de Derecho privado de los Estados miembros¹⁰¹; la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 noviembre 2001¹⁰²; la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de septiembre 2003¹⁰³; el Informe elaborado por el Parlamento Europeo de fecha 6 noviembre 2001 sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros¹⁰⁴.

119. No obstante, algunos autores¹⁰⁵ contemplan el efecto negativo que el Derecho uniforme produce en el DIPr. Manifiestan, en este sentido, que la generalización de un Derecho uniforme resulta “incompatible” e “incompleta” respecto

⁹⁷ P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RebelsZ Bd.*, nº 68, 2004, pp. 225-243, esp. p. 230.

⁹⁸ L. DÍEZ PICAZO, “Un Codice Civile europeo”, en G. ALPA / E. M. BUCCICO (COORD), *La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 59-70; N. LIPARI, *Tratato di diritto privato europeo*, vol. I, 2ª edición, Turín, Cedam, 2003, p.71; S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 15.

⁹⁹ S. CÁMARA LAPUENTE, «Un Derecho privado o un Código civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», en S. CÁMARA LAPUENTE (COORD.) *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 47-106; G. PALAO MORENO, *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Tirant lo Blanch, Universitat de València, 2008, p. 69.

¹⁰⁰ En DOCE núm. C 158, de 26 junio 1989.

¹⁰¹ En DOCE núm. C 205, de 25 de julio 1994.

¹⁰² En DOCE núm. C 140 E, de 13 junio 2002.

¹⁰³ En DOCE núm. C 76 E, de 25 abril 2004.

¹⁰⁴ En Comisión de Asuntos jurídicos y Mercado interior [COM (2001) 398].

¹⁰⁵ S. CÁMARA LAPUENTE, «Un Derecho privado o un Código civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», en S. CÁMARA LAPUENTE (COORD.) *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 47-106; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Los procesos de unificación internacional de Derecho Privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados” en *La unificación jurídica europea*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 17-44; G. PALAO MORENO, “Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo”, Tirant lo Blanch, Universitat de València, 2008, p. 34.

al carácter del DIPr., puesto que, éste respeta el pluralismo jurídico y cultural. Su misión consiste en localizar y, posteriormente, hacer aplicable la Ley estatal designada conforme a lo dispuesto en la norma de conflicto de leyes.

120. Los últimos años muestran el reflejo de un retraimiento del proceso de armonización jurídica emprendido. El abandono de armonización normativa puede ser fruto de dos circunstancias¹⁰⁶: la consolidación del principio del mutuo reconocimiento y del consiguiente ajuste del programa de armonización. Y, también, de una toma de conciencia de lo perturbador que resulta hallarse con una multiplicidad de reglas aisladas, faltas de coordinación existentes y la proyección en este ámbito de los principios de subsidiariedad y, sobre todo, de proporcionalidad.

121. En conclusión, la armonización de las normas de conflicto facilita el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, potenciando la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable. Por tanto, si la norma aplicable a una situación jurídica privada internacional concreta es siempre la misma, con independencia de la autoridad estatal que conozca del asunto, la probabilidad de que los demás Estados miembros reconozcan como válida y existente dicha situación jurídica privada internacional es muy elevada. Los tribunales del Estado miembro de destino aplicarán la misma Ley que los tribunales del Estado miembro de origen emplearon para la resolución de la situación privada internacional. En consecuencia, la unificación de las normas de conflicto de leyes garantizan: seguridad jurídica respecto a la Ley aplicable, previsibilidad en el resultado de los litigios y libre circulación de resoluciones dictadas por las autoridades de los Estados miembros.

C) Unificación de las normas sobre competencia judicial internacional

122. Cada Estado determina los supuestos en los que sus órganos jurisdiccionales ostentan competencia judicial internacional. E incluso más, los tribunales de un Estado aplican, con objeto de conocer si presentan competencia, o no, respecto a un caso concreto, exclusivamente, sus normas de competencia judicial internacional. Por estas razones, los tribunales de distintos Estados pueden resultar competentes respecto a una misma situación jurídica, o bien, los tribunales de los diferentes países pueden declararse todos ellos incompetentes¹⁰⁷.

123. La existencia de distintas normas nacionales en materia de competencia judicial internacional genera un obstáculo al buen funcionamiento del mercado interior. Por esta razón, el Reglamento 44/2001¹⁰⁸ establece un régimen común para todos los Estados miembros en materia de competencia judicial internacional. Las normas contenidas en el Reglamento 44/2001¹⁰⁹ determinan qué tribunales estatales ostentan

¹⁰⁶ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº 2, 1997, pp. 413-445.

¹⁰⁷ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 113.

¹⁰⁸ Reglamento (CE) N ° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [DOCE núm. L 12/1, de fecha 16 de enero de 2001].

competencia para conocer de un asunto concreto y, en ocasiones, también precisan el órgano jurisdiccional territorialmente competente respecto a supuestos específicos. El Reglamento 44/2001 trata de precisar qué tribunal de qué Estado miembro se encuentra en mejor posición para conocer del asunto. Ello favorece la cooperación judicial entre los tribunales de los Estados miembros, lo cual resulta beneficioso para la creación y el establecimiento progresivo de un auténtico espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

¹⁰⁹ El Reglamento 44/2001 es analizado, entre otros autores, por G. A. L. DROZ / H. GAUDEMET-TALLON, “La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *RCDIP*, vol. XC, n° 4, 2001, pp. 601-652; P. FRANZINA, “Il coordinamento fra *lex fori* e norme uniformi nell’accertamento del titolo di giurisdizione secondo il regolamento (CE) n. 44/2001”, *RDI*, n° 2, 2004, pp. 345-392; F. SALERNO, “Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. II, n° 1, 2010, pp. 5-25.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE PROXIMIDAD EN EL REGLAMENTO ROMA I: NORMAS DE CONFLICTO *EFICIENTES* Y CONTRATO INTERNACIONAL

1. La selección de los puntos de conexión en materia de contratos

A) Necesidad del intercambio internacional¹¹⁰

124. La necesidad del intercambio entre seres humanos puede explicarse por la siguiente razón: los recursos, entedidos en sentido amplio, son escasos y se hallan deficientemente repartidos en el mundo. La distribución de los recursos no siempre llega a manos del sujeto que más los valora y necesita. Por esta razón, el intercambio de bienes y servicios incrementa el bienestar y beneficia a las partes intervinientes en el mismo y no a una sola de ellas¹¹¹. No obstante, el intercambio realizado entre personas que residen en distintos países, esto es, un intercambio “transnacional”, incrementa e

¹¹⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 21-26.

¹¹¹ J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Los costes de transacción” en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 131-162; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 29; N. GREGORY MANKIW, *Principios de Economía*, McGraw-Hill, Madrid, 2004, p. 4; H. KERKMEESTER, “Methodology: general”, en B. BOUCKAERT AND G. DE GEEST *Encyclopedia of Law and Economics*, (University of Ghent and University of Utrecht), 2000 (versión *on line*), pp. 383-401; P. R. KRUGMAN/ M. OBSTFELD, *Economía internacional, teoría y política*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 12-19; J. REQUEJO, *Economía Mundial (un análisis entre dos siglos)*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 10-18.

intensifica el bienestar para ambas partes contratantes. Ahora bien, el intercambio internacional puede devenir *ineficiente* si el beneficio de uno de los particulares implicados es inferior al coste del otro.

125. En efecto, “*nuestro mundo es un mundo de escasez, lleno de bienes económicos*” (P. A. SAMUELSON / W. D. NORDHAUS¹¹²). La desigualdad y carencia de recursos naturales en el planeta posibilita que la sociedad de cada Estado disfrute, fundamentalmente, de dos tipos de bienes: de un lado, la sociedad de cada Estado se beneficia, en principio ilimitadamente, de bienes libres, los cuales son necesarios, si bien, se encuentran en cantidades muy abundantes y, por ello, pueden ser utilizados sin que suponga ningún coste a dicha sociedad. De otro lado, la sociedad también necesita de bienes económicos, cuya adquisición tendrá lugar en el mercado a partir del pago de un precio. En sintonía con ello, los bienes económicos, a diferencia de los bienes libres, se encuentran en el mundo en cantidades limitadas y, por esta razón, su distribución tiene que efectuarse según un proceso de carácter económico. Una vez satisfechas las necesidades de la población, el recurso económico “sobrante” presenta un valor escaso¹¹³. En este sentido, la obtención de un beneficio a partir del recurso “sobrante” se efectuará a través de un intercambio.

126. La realización de un intercambio internacional *eficiente*, que incremente el bienestar global de los seres humanos, beneficia a ambos contratantes en la medida en que cada parte obtiene aquello que más valora y necesita¹¹⁴. Ahora bien, el carácter económico del término *eficiencia* no tiene que entenderse en el único sentido de *beneficio económico* a favor de una parte contratante, sino que, también hace referencia al óptimo reparto de los escasos bienes y recursos entre las personas, lo que comporta un incremento del bienestar para la sociedad y, también, para los particulares implicados en la celebración de un intercambio internacional¹¹⁵.

¹¹² P. A. SAMUELSON / W. D. NORDHAUS, *Economía*, 17ª edición, McGraw-Hill, Madrid, 2002, p. 4.

¹¹³ J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Los costes de transacción” en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 131-162; H. KERKMEESTER, “Methodology: general” en B. BOUCKAERT AND G. DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics* (University of Ghent and University of Utrecht), 2000 (versión *on line*), pp. 383-401 consideran que la distinta valoración que puede concederse a un determinado bien o recurso se erige sobre la teoría de la “*utilidad marginal*”.

El antecedente de la teoría de la “utilidad marginal” se encuentra en la “paradoja del valor” o “paradoja del diamante y el agua”. La “paradoja del valor” consiste en atribuirle a un bien o recurso un valor tomando en consideración la actitud de la persona hacia ese bien. El ejemplo propuesto es el siguiente: un hombre “A” se halla perdido en un desierto con un saco de diamantes. Dicho hombre “A”, quien se encuentra al borde de la muerte debido al calor y al cansancio extremo, se cruza a otro hombre “B” que lleva un jarro con agua. Con independencia del valor que presente la propiedad del bien, el hombre “A” intercambiaría cualquier cantidad de diamantes al hombre “B” por obtener agua. En consecuencia, la teoría expone que el valor económico de un bien se establecerá en función de las circunstancias y no únicamente en atención a las propiedades intrínsecas del bien o recurso.

¹¹⁴ C. PAZ – ARES, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, en AAVV *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Prof. M. Broseta Pont*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900; W. LANDSDORFF, *Historia sencilla de las ideas jurídicas*, Colex, Madrid, 2003, p. 186.

¹¹⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011, p. 25.

B) Función del contrato y función de la norma de conflicto de leyes en el intercambio internacional

127. El contrato¹¹⁶ es el elemento jurídico esencial en una transacción internacional. “*El contrato es el principal instrumento jurídico de circulación de los valores patrimoniales y de la riqueza en el ámbito internacional*” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ¹¹⁷). En este sentido, el contrato internacional mueve la economía del planeta y permite la circulación *eficiente* de los recursos productivos¹¹⁸. Si bien cada Estado establece en sus normas de producción interna un régimen normativo regulador del contrato¹¹⁹, éste resulta óptimo para el efectivo intercambio internacional de cosas, derechos y servicios entre los sujetos radicados en los Estados miembros de la UE. En sintonía con ello, no puede existir más que una sola definición de contrato

¹¹⁶ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 19-23 aborda la problemática noción de contrato internacional.

¹¹⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 25. La misma idea es puesta de manifiesto por *inter alia*: N. GREGORY MANKIW, *Principios de Economía*, McGraw-Hill, Madrid, 2004, pp. 4-10; P. A. SAMUELSON/W. D. NORDHAUS, *Economía*, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 4-11; P. R. KRUGMAN / M. OBSTFELD, *Economía internacional, teoría y política*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 12-19; J. REQUEJO, *Economía Mundial (un análisis entre dos siglos)*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 10-18; F. MOCHÓN MORCILLO, *Economía, teoría y política*, McGraw-Hill, Madrid, 2005, pp. 195-197. También la acentúan juristas, M. J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 12-13; F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, Cedam, Padova, 1997, pp. 2-5; S. M. CARBONE / R. LUZZATO, *Il contratto internazionale*, UTET, Torino, 1994, pp. 13-22; U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali*, Cedam, Padova, 1984, pp. 2-16; M. FONTAINE / F. LY, *Drafting international contracts. An analysis of contract clauses*, Fitness Information Technology, Nueva York, 2006, pp. 15-29; A. FRIGNANI, “Il contratto internazionale”, en F. GALGANO (DIR.) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1991, pp. 1-8.

¹¹⁸ R. MEDRÁN VIOQUE, *Manual práctico de contratación internacional*, Difusión Jurídica y Temas de actualidad, Barcelona, 2007, pp. 13-15; P. HEARN, *Contratti commerciali internazionali*, Etaslibri, Milano, 1987-1991, pp. 7-9.

¹¹⁹ En referencia a la redacción, la forma y la prueba de los contratos internacionales, entre otros, O. LANDO, “The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles”, *RCADI*, vol. CLXXXIX, 1984, pp. 225-448; A. KACZOROWSKA, “Règles uniformes d'interprétation d'un contrat international”, *RDIDC*, vol. LXVIII, n° 3, 1991, pp. 294-313; J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, Dalloz, París, 1992; G. ESTEBAN DE LA ROSA, “La adaptación de los contratos en el comercio internacional”, *AEDIPr.*, n° 7, 2007, pp. 71-93; F. BENIGNI, “Il contratto nel commercio internazionale. Un nuovo tipo?”, *DCI*, vol. V, n° 2, 1991, pp. 293-298; A. BOGGIANO, “International standard contracts”, *RCADI*, vol. CLXX, 1981, pp. 9-114; S. M. CARBONE / R. LUZZATTO, “I contratti del commercio internazionale”, en RESCIGNO (ED.) *Trattato di Diritto privato*, UTET, Torino, 1984, pp. 113-177.

internacional¹²⁰. En otras palabras, “La certeza es un elemento indisociable de la idea de contrato” (M. VIRGÓS SORIANO¹²¹).

128. La importancia del contrato en el comercio internacional puede ser consecuencia del denominado “dilema del intercambio internacional”, cuyo impacto en la contratación internacional conviene analizar con atención¹²²:

129. 1º) *El “dilema del intercambio” en las transacciones comerciales “internas”*. En las transacciones comerciales puramente “nacionales” o “internas”, los contratantes saben con total certeza qué Derecho nacional regula la exigencia de las prestaciones y las consecuencias de cumplir o no cumplir con el contrato. El Derecho del Estado en cuyo contexto se celebra y se cumple el contrato, el Derecho del Estado en cuyo territorio tienen su sede los contratantes, será, naturalmente, el Derecho aplicable a dicho contrato. El Estado, a través de “sus tribunales y autoridades” y de “su Derecho”, asegura a los sujetos particulares el cumplimiento de los compromisos y de los contratos.

130. 2º) *El “dilema del intercambio” en las transacciones comerciales “internacionales”*. No existe un “Derecho Privado mundial”, ni unos tribunales internacionales que apliquen este inexistente “Derecho Privado Mundial”¹²³, puesto que, en el ámbito internacional “conviven” multitud de Derechos nacionales estatales. En este sentido, el comercio internacional resulta “penalizado” por la división del mundo en Estados soberanos. Nadie asegura nada a nadie en el contexto internacional porque no existe un “Estado mundial” ni un “Derecho mundial” ni una “jurisdicción mundial”¹²⁴. Por tal razón, intercambiar en el contexto internacional resulta mucho más arriesgado y peligroso que en el contexto meramente interno o nacional porque no se dispone la certeza de saber “qué Derecho nacional” asegurará el cumplimiento del intercambio entre los particulares.

¹²⁰ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 71-92 proporciona una « *définition juridique* » de contrato internacional en la que el contrato, para alcanzar el carácter de internacional, debe presentar vínculos con más de un sistema jurídico estatal. E integrada en la “*définition juridique*” aporta una “*définition économique*” que potencia e incentiva los intereses de los operadores económicos en el comercio internacional.

¹²¹ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5298 añade a dicha afirmación que la inseguridad respecto de los Derechos y deberes de las partes contratantes incrementan los costes del intercambio y dificultan su realización.

¹²² F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Dcho. Internacional Vitoria-Gasteiz 2001*, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 2002, pp. 88-154, esp. pp. 96-99; ID., “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales, una aproximación económica”, *REDI*, vol. XLVII, nº 2, 1995, pp. 11-41, esp. pp. 17-19; G. ALPA, “Le contrat individuel et sa définition”, *RIDC*, vol. XL, nº 2, 1988, pp. 327-350.

¹²³ J. DERRUPE / J.-P. LABORDE, *Droit international privé*, 15ª edition, Dalloz, Paris, 2005, pp 6-7.

¹²⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, Ed.LiberLibro.com, Albacete, 2002, p. 35.

131. En suma, dos dificultades pueden incidir en las normas de DIPr. “contractual”: a) La coexistencia de multitud de Derechos nacionales estatales suscita a las partes intervinientes en un intercambio internacional la incerteza de conocer el Derecho nacional concreto que resolverá la controversia y garantizará el cumplimiento efectivo de dicho intercambio internacional. En este sentido, la Ley aplicable al contrato internacional puede fundarse en puntos de conexión muy variados: elección de Ley por las partes, residencia habitual del prestador característico, lugar de celebración o ejecución del contrato, etc. En consecuencia, las cuestiones que se pueden plantear respecto de un contrato internacional se refieren a problemas en el pacto estipulado por las partes, la precisión de la prestación característica del contrato, el fortuito lugar de celebración o ejecución del contrato, etc. Y b) La presencia de normas de DIPr. distintas en cada Estado miembro comporta “costes” vinculados al intercambio internacional.

132. La solución a las dificultades planteadas puede encontrarse en la norma de conflicto de leyes que determina, de entre los distintos ordenamientos jurídicos vinculados con el contrato, cuál de ellos debe regirlo. La norma de conflicto de leyes precisa qué concreto ordenamiento jurídico estatal debe regular el contrato entre los particulares y, con ello, resuelve satisfactoriamente el “dilema del intercambio internacional”.

133. En definitiva, el contrato queda “enmarcado” en un concreto Derecho estatal y, a partir de ese momento, los particulares son conscientes de que el contrato es exigible con arreglo a un solo y concreto Derecho estatal, sea éste un Derecho “nacional” o “extranjero”. No obstante, la determinación de un solo Derecho estatal para dotar de certeza y seguridad jurídica el intercambio internacional es una medida, por sí sola, insuficiente. A la norma de conflicto de leyes se le exige más con objeto de fomentar el intercambio internacional. De conformidad con el “principio de proximidad¹²⁵”, la Ley estatal aplicable al contrato internacional debe resultar previsible¹²⁶ para ambos contratantes. La previsibilidad de la Ley aplicable al contrato internacional comporta mínimos “costes conflictuales” a las partes contratantes. En consecuencia, la norma de conflicto de leyes debe conducir al Derecho estatal cuya asignación comporte mínimos “costes conflictuales” para las partes contratantes.

134. En resumen, la norma de conflicto de leyes debe hacer aplicable al contrato un solo Derecho estatal¹²⁷ que comporte costes conflictuales reducidos a los particulares

¹²⁵ El estudio sobre el principio de proximidad es realizado, entre otros, por P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. CXCVI, 1986, pp. 9-238, esp. pp. 44-49; T. BALLARINO / G. P. ROMANO, “Le principe de proximité chez P. Lagarde”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 37-54; M. FALLON, “Le principe de proximité dans le droit de l’Union européenne”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 241-262.

¹²⁶ C. PAZ-ARES, “Seguridad jurídica y Seguridad del tráfico”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 175-176, enero-junio 1985, pp. 7-41, considera que las normas de seguridad del tráfico *eficientes* deben contemplar las condiciones siguientes: 1º) Justificación en términos de costes que comporta la minoración de la suma total de costes y 2º) Justificación en términos de utilidad que implica la maximización del valor de la utilidad.

¹²⁷ B. ANCEL, “Regards critique sur l’érosion du paradigme conflictuel”, en F. J. QUEL LÓPEZ *Cursos de Vitoria – Gasteiz*, 2005, Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 345-416, esp. p. 351; T. BALLARINO,

implicados en la celebración del intercambio internacional, con independencia del contenido material de la Ley estatal¹²⁸. En este sentido, una localización correcta del contrato garantizará la Justicia¹²⁹ en el resultado, puesto que, conducirá a la aplicación de la Ley del país que genera costes conflictuales menores para las partes contratantes.

C) El DIPr.: mecanismo legal de reducción de conflictos en el comercio internacional

135. El intercambio internacional en términos de seguridad jurídica internacional favorece el bienestar de las partes contratantes. Por esta razón y a fin de salvaguardar las normas imperativas de un Estado miembro, se argumenta que las disposiciones imperativas de una Ley estatal no permiten la derogación de tales disposiciones por voluntad de las partes. En otras palabras, resulta inadmisibles la derogación de las disposiciones jurídicas imperativas de una Ley estatal por voluntad de las partes contratantes. La elección de Ley no debe impedir la aplicación de las disposiciones de la Ley de ese país que no puedan excluirse mediante acuerdo.

136. Ahora bien, la distinción entre situaciones *internas*, asuntos *pseudonacionales* y situaciones *internacionales* resulta compleja¹³⁰. En sintonía con ello, no existe en DIPr. español, con excepción de materias muy concretas¹³¹, ninguna disposición legal que indique cuándo una situación privada es internacional. En consecuencia, los tribunales utilizan una u otra tesis según la situación jurídica privada internacional.

Manuale breve di Diritto internazionale privato, 3ª edición, Cedam, Padova, 2008, p. 8; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé”, *RCADI*, vol. CCLXXXVII, 2000, pp. 9-426.

¹²⁸ A. – L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto en el siglo XXI”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al Prof. J. D. González Campos*, vol. II, UAM, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1335-1374: “La norma de conflicto es una Jurisdiction Selecting Choice of Law Rule”.

¹²⁹ H. GAUDEMMENT – TALLON, “Le pluralisme en droit International privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)”, *RCADI*, vol. CCCXII, 2005, pp. 1-488; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *REDI*, vol. XL, nº 1, 1988, pp. 79-126, esp. pp. 93-94; S. VRELLIS, “Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice”, *RCADI*, vol. CCCXXVIII, 2007, pp. 175-486, esp. pp. 312-314.

¹³⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 25-31 realizan un estudio sobre las tesis relativas al carácter internacional de las situaciones jurídicas privadas internacionales: 1º) Tesis del elemento extranjero puro. 2º) Tesis del efecto internacional. 3º) Tesis del elemento extranjero relevante. 4º) Tesis del elemento extranjero no casual. 5º) Tesis jurídico-conflictual o Tesis “De Nova”.

¹³¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 29-30 concretan los supuestos en los que el legislador acoge expresamente una u otra tesis sobre el carácter internacional de la situación jurídica. Por ejemplo, 1º) La tesis del elemento extranjero puro se observa en el Reglamento Roma I (art. 1.1 y 3.3-4); 2º) La tesis del efecto internacional se concreta en la Ley 60/2003 de Arbitraje (art. 3.1.c).

137. El intercambio internacional comporta riesgo e incertidumbre a las partes contratantes¹³². El sujeto que participa activamente en el comercio internacional se pregunta: ¿Qué sucederá con la otra parte contratante en caso de controversia? ¿Qué tribunal será competente para conocer de la cuestión controvertida? ¿Qué Ley resultará aplicable al contrato internacional? ¿La resolución dictada por el tribunal de un Estado miembro de la UE será válida y eficaz en los Estados miembros distintos de aquél cuya autoridad la dictó?

138. La respuesta a las cuestiones planteadas puede encontrarse en el DIPr., puesto que, proporciona un régimen jurídico único, cierto y previsible que garantiza seguridad jurídica internacional y mínimos costes conflictuales a las partes contratantes en los tres sectores del DIPr.: el sector de la competencia judicial internacional, el ámbito de la Ley aplicable y el sector de la validez extraterritorial de decisiones. En otras palabras, el régimen jurídico de DIPr. aplicable a la contratación internacional asegura a las partes contratantes que si una de ellas no cumple aquello a lo que se comprometió se le obligará coactivamente a ello.

139. En este sentido, el DIPr. debe impulsar y potenciar el desarrollo de varios procesos¹³³: a) *Libertad individual*. La libertad de las partes contratantes resulta necesaria e imprescindible para realizar elecciones individuales que potencien intercambios internacionales. b) *Creación y ampliación del “mercado”*. La creación del mercado posibilita a los particulares el intercambio de bienes, servicios y recursos con libertad e incremento del bienestar en un espacio amplio, carente de restricciones de influencia internacional sobre la influencia nacional. c) *Disminución de los costes de transacción*. El intercambio internacional realizado entre las partes contratantes se considera *eficiente* en la medida en que les comporte, a ambas, mínimos costes conflictuales. d) *Seguridad del intercambio*. El intercambio no se realiza si no existe una “estructura externa no económica”, esto es, un Derecho *eficiente* que asegure el ejercicio del negocio sin riesgos para las partes implicadas.

140. En definitiva, el DIPr. opera como un “mercado simulado” (P. MERCADO PACHECO¹³⁴) que, en ausencia de acuerdo entre las partes contratantes, debe solventar los conflictos surgidos entre los sujetos implicados a partir de la asignación *eficiente* de los bienes o recursos.

¹³² D. SCHMIDTCHEN / H. G. SCHMIDT-TRENZ, “The division of labor is limited by the extent of the law”, *Constitutional Political Economy*, vol. I, nº 3, 1990, pp. 49 y ss indica que desde el punto de vista de los intercambios internacionales, la descentralización y la pluralidad normativa convierten la *incerteza* en la regla del tráfico externo. La *incerteza* comporta elevados costes asociados al intercambio internacional y, en consecuencia, incremento de obstáculos en el comercio internacional. Los autores proponen dos soluciones: 1º) *Coordinación espontánea* erigida sobre mecanismos privados de autorregulación y 2º) *Coordinación institucional* realizada por el Estado a través de la uniformidad de los sistemas jurídicos y del reconocimiento de las decisiones de sus respectivas autoridades.

¹³³ J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Los juristas – españoles – y el análisis económico del Derecho”, *Revista para el análisis del Derecho www. indret. com*, nº 1, 2007, pp. 1-13, esp. pp. 4-7.

¹³⁴ P. MERCADO PACHECO, “La construcción teórica del análisis económico del Derecho”, *Revista galega de Administración pública*, nº 30, enero - abril 2002, pp. 15-43, esp. p. 39.

D) Costes asociados al intercambio internacional: costes de litigación internacional (costes jurisdiccionales) y costes conflictuales

141. Desde el punto de vista económico, el crecimiento económico y el bienestar de una sociedad requieren de un marco institucional, denominado teoría de las instituciones en la economía¹³⁵, que potencie el cumplimiento efectivo de los contratos internacionales y la reducción de los “costes de transacción”. En este sentido, la carencia de instituciones que garanticen un intercambio internacional *eficiente* puede comportar el “oportunismo” para uno de los contratantes que se beneficia de la posición jurídica del otro. La consecuencia puede concretarse en la siguiente: el intercambio internacional no se producirá y si éste, en caso hipotético tuviera lugar, se realizará con elevados “costes de transacción” para ambas partes contratantes.

142. Los primeros pasos de los costes de transacción pueden observarse en la aportación de R. H. COASE¹³⁶ a la esfera económica. La tesis de la economía neoclásica parte de la afirmación siguiente: el mercado es la institución óptima para la asignación de recursos en una sociedad. Ahora bien, en ocasiones el operador económico puede obtener sus “factores de producción” a un precio inferior que el que negociaría en el mercado. En consonancia con ello, el mercado no siempre posibilita los mínimos costes de transacción, puesto que, la misma operación económica en el mercado comporta un coste adicional: el “coste de transacción”. En suma, operador económico y mercado se materializan en instituciones económicas destinadas a minimizar los costes de transacción conflictuales¹³⁷.

143. La pregunta que puede plantearse es la siguiente, ¿Qué son, en los intercambios internacionales, los “costes de transacción”? Los costes de transacción¹³⁸ son costes asociados a un intercambio económico cuya determinación resulta independiente del precio de mercado de los bienes o servicios intercambiados.

¹³⁵ R. H. COASE, *El problema del Costo Social. En la firma, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, 1960; FURUBOTN AND RICHTER, *Institutions and Economic Theory*, University Michigan Press, 1997; P. NORTH, *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. FCE, 1990; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “España se adhiere al convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *REDI*, vol. XLVI, nº 2, 1994, pp. 446-451; ID., “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *REDI*, vol. XLVII, nº 2, 1995, pp. 11-41.

¹³⁶ R. H. COASE, “The nature of the firm”, *Economica*, vol. IV, 1937, pp. 386-405.

¹³⁷ O. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, New York, 1975.

¹³⁸ Un estudio de los costes de transacción es realizado, entre otros, por J. RODRÍGUEZ DE RIVERA, *El planteamiento de los costes de transacción*, 1999; R. H. COASE, “The problem of social cost”, *Journal of Law and Economics*, nº 3, 1960, pp. 1-44; N. GREGORY MANKIW, *Principios de Economía*, 3ª edición, Mc. Graw Hill, Madrid, 2004, p. 132; F. MOCHÓN MORCILLO, *Economía, teoría y política*, Mc. Graw Hill, Madrid, 2005, p. 202 “los costes de transacción son los costes en los que incurren las partes en el proceso de llegar a un acuerdo y de velar por su cumplimiento”.

144. Resulta posible distinguir, principalmente, tres tipos de costes de transacción¹³⁹: a) Los costes de búsqueda e información, que se corresponden con los costes que sufragan las partes contratantes en la búsqueda del bien o servicio solicitado y en su localización en el mercado. b) Los costes de negociación, que son aquéllos que soportan las partes contratantes respecto de la búsqueda del mejor precio y mejores prestaciones así como respecto a la celebración del contrato. c) Los costes de seguimiento y ejecución, que integran los costes que asumen las partes contratantes destinados a asegurar que, si una de las partes no cumple aquello a lo que se comprometió se abre un proceso por el que se le obliga coactivamente a ello. En sintonía con lo dispuesto, los costes de *seguimiento y ejecución* corresponden a los costes *jurisdiccionales* y los costes *conflictuales*, son aquellos que asumen las partes contratantes en la celebración de un intercambio internacional.

145. Desde el punto de vista del DIPr., la división del mundo en Estados soberanos comporta “costes asociados al intercambio internacional”. El Estado, concebido como “entidad supraindividual”, garantiza seguridad a los colectivos humanos, se compromete a ejercer una función de redistribución de la riqueza y de prestación de servicios públicos esenciales y preserva un elevado nivel de bienestar social¹⁴⁰. En este sentido, la división del mundo en Estados soberanos determina que cada Estado miembro dispone de su Poder Judicial y de sus normas de DIPr.

146. En consecuencia, la coexistencia de normas de DIPr. distintas en cada Estado miembro puede comportar elevados “costes de transacción conflictuales” para los operadores económicos que participan en el comercio internacional. Las corporaciones multinacionales, las pequeñas y medianas empresas así como los consumidores se ven obligados a obtener información y asesoramiento legal respecto de la interpretación y aplicación de una Ley “extranjera”. Una Ley que a los operadores económicos les resulta poco familiar.

147. Cada Estado regula el ejercicio de las actividades económicas en su territorio. En consecuencia, los operadores económicos que participen en el “tráfico internacional” deben adaptarse a las “condiciones de cada mercado nacional”. Dicha adaptación comporta un coste económico muy elevado y un perjuicio a la “libre circulación de factores productivos”. Por tanto, no compensa adaptarse a cada mercado nacional. La consecuencia puede concretarse en la afirmación siguiente: los mercados se hallan en manos de operadores económicos nacionales y las libertades reconocidas en la Versión consolidada del TUE-TFUE pueden verse perjudicadas.

148. Para evitar esta consecuencia, la UE puede potenciar una medida de Derecho público: potenciar una “aproximación de legislaciones” en este particular que proporcione

¹³⁹ J. ALFARO ÁGUILA REAL, “Los costes de transacción”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 131-162; A. CORDELLA, “Does Information Technology Always Lead to Lower Transaction Costs?”, *The 9th European Conference on Information Systems*, Bled, Slovenia, June 27-29, 2001, pp. 854-864.

¹⁴⁰ H. GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)”, *RCADI*, vol. CCCXII, 2005, pp. 9-488, esp. pp. 13-15.

un único e idéntico *standard de acceso* a cada mercado nacional¹⁴¹. En sintonía con ello, el “acercamiento de legislaciones” incrementa la seguridad jurídica internacional y disminuye los costes de transacción. El DIPr. “contractual” debe garantizar la “*igualdad en el mercado*” (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ¹⁴²). Las partes intervinientes en un intercambio internacional, con independencia de su “carta de presentación” (corporaciones multinacionales, medianas o pequeñas empresas, agentes comerciales o consumidores), deben poder negociar “de igual a igual” en el contexto de una economía de mercado de libre competencia.

149. En este sentido, ¿Resulta provechosa para las partes contratantes, el comercio internacional y la libre circulación de factores productivos, la elaboración de un Derecho sustantivo uniforme en materia de contratación internacional?

150. El Derecho de la UE puede erigirse sobre dos principios¹⁴³: a) *El principio de integración negativa*: los Estados nacionales tienen por objeto eliminar las normas que comporten barreras u obstáculos a la libre circulación de factores productivos en el ámbito de la UE. b) *El principio de integración positiva*: las instituciones de la UE resultan competentes para elaborar un marco normativo que, respetando la diversidad de legislaciones nacionales en la UE, permita y potencie el buen funcionamiento del mercado interior.

151. De un lado, y para algunos autores¹⁴⁴, la uniformidad normativa presenta, entre otras, las ventajas siguientes: a) *Reducción de los costes en las operaciones transfronterizas*. La diversidad legislativa supone que un operador económico en el mercado deba informarse y adaptarse a una pluralidad de derechos. Mientras que, la uniformidad normativa atenúa los costes de información y de adaptación de dicho operador económico, puesto que, sus prácticas, modelos y estándares se ajustan a un único derecho. b) *Elusión de soluciones ineficientes o comportamientos oportunistas de los Estados*. La Ley material aplicable al contrato internacional sería la misma con independencia del tribunal que conociera del asunto. En consecuencia, la unificación de las Leyes sustantivas de los distintos Estados imposibilita el “conflicto de Leyes” porque no convivirían “Leyes distintas” que pudieran entrar en conflicto.

¹⁴¹ A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Mercado Único Europeo y Libertades Comunitarias” en A-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES (EDS.) *Derecho Europeo de la Competencia*, Colex, Madrid, 2000, pp. 9-146.

¹⁴² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 31.

¹⁴³ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Mercado Único Europeo y Libertades Comunitarias” en *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 26-29; M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Revista para el análisis del Derecho www.indret.com*, n° 4, 2004, p. 4.

¹⁴⁴ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Revista para el análisis del Derecho www.indret.com*, n° 4, 2004; F. VISCHER, “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520.

152. Sin embargo, elaborar una legislación únicamente aplicable a los contratos internacionales puede incrementar los costes de una empresa que opere en el comercio interno e internacional, puesto que, debe poseer información de una pluralidad de normativas que se traducen en costes de información y costes de comportamiento que deben sufragar ambas partes contratantes. E incluso más, la complejidad que presentan los asuntos internacionales impide que un instrumento jurídico “de validez universal” resulte *eficiente* para resolver las controversias que el asunto puede plantear. Por tal razón, la afirmación “*Solamente un Derecho internacional de contratos puede conseguir seguridad jurídica*” (S. LEIBLE¹⁴⁵) resulta discutible. La “seguridad jurídica” no lo es todo. El precio a pagar por la obtención de una “seguridad jurídica” absoluta puede ser el resultado de un intercambio internacional *ineficiente* que comporte elevados costes jurisdiccionales y conflictuales para ambas partes contratantes.

153. En sintonía con ello, si bien es cierto que la creación de un único instrumento jurídico en materia de contratación internacional proporciona un elevado grado de “seguridad jurídica internacional”, conservar la “diversidad legislativa” de cada Estado miembro no comporta necesariamente un obstáculo a la contratación internacional.

154. Por tal razón, pueden incentivarse las siguientes técnicas alternativas a la unificación¹⁴⁶: a) *Las cláusulas de validez extraterritorial de decisiones extranjeras* potencian el reconocimiento de decisiones judiciales y actos pronunciados por autoridades públicas no sólo en el Estado miembro cuya autoridad la dicte sino también en los demás Estados miembros en los que las partes intervinientes tienen intención de que dicha decisión surta efectos jurídicos y b) *La unificación “paralela” de normas de DIPr. u “Ordenamiento 28”* que consiste en la elaboración de normativas de DIPr. que ni sustituyen ni derogan los sistemas de DIPr. de los distintos Estados. Se trata de una “alternativa legal” incorporada a los Derechos estatales y elegible por los particulares implicados.

155. La unificación material del DIPr. en el ámbito contractual tiene por objeto que un contrato intra – UE sea considerado como un contrato interno a los ojos del Derecho material de la UE¹⁴⁷. En suma, dos fórmulas permiten codificar el DIPr. en

¹⁴⁵ S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento “Roma I”: algunas observaciones sobre artículos escogidos del proyecto de la comisión para un reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, pp. 541-568.

¹⁴⁶ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 103.

¹⁴⁷ La afirmación plantea dudas, como pone de manifiesto P. LAGARDE / A. TENENBAUM “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *RCDIP*, vol. XCVII, nº 4, 2008, pp. 727-780, esp. p. 737. Y otros autores, entre ellos, J. M. JACQUET, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution » en G. BUINO (DIR.) *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 727 y ss que indica que dicha afirmación « sonnerait le glas de la notion d'internationalité pour les rapports juridiques entièrement localisés dans l'espace européen » y en la misma línea, P. DEUMIER / J. B. RACINE, « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *Revue des contrats*, nº 4, 2008, pp. 1309 y ss que señala que la misma afirmación supone « un pas à reculons dans la recherche de la clarté et de la prévisibilité ».

materia de contratos¹⁴⁸. Por una parte, la elaboración de reglas generales que se concreten en atención a las circunstancias que presente la situación jurídica privada internacional y permitan alcanzar la Justicia en el caso concreto. Por otra parte, la adopción de reglas precisas para grupos o tipos de contratos que proporcionarían seguridad jurídica internacional y economía procesal a las partes contratantes respecto de la celebración del contrato internacional.

156. La finalidad de la armonización normativa en el sector de la contratación internacional consiste en crear condiciones equivalentes de competencia para todos los operadores económicos que participan en el comercio internacional. Algunos autores, tales como M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ¹⁴⁹, parten de la fórmula siguiente: la “armonización mínima” y la “diversidad material” proporcionan un DIPr. uniforme que asegura a los operadores jurídicos la posibilidad de aplicar al contrato internacional el Derecho nacional que mejor se acomode a sus necesidades transaccionales y corrige los “fallos” de este mercado de productos normativos, puesto que, los Estados miembros compiten en “precio” y “calidad jurídica”. En sintonía con ello, el DIPr. posibilita la determinación de la competencia judicial internacional, la precisión de la Ley estatal aplicable a una situación jurídica privada internacional y la fijación de los requisitos necesarios para hacer efectiva en un país una resolución pública extranjera que resuelve una controversia entre particulares.

157. La realización de un intercambio internacional siempre genera costes “*d’enforcement*” a las partes contratantes. Los costes “*d’enforcement*” asociados al intercambio internacional pueden sintetizarse en los siguientes¹⁵⁰:

158. a) El “*coste de litigación internacional*” o “*costes jurisdiccionales*”. Los costes jurisdiccionales que produce el DIPr. con el fin hacer Justicia en relación con las situaciones privadas internacionales pueden concretarse en los siguientes aspectos¹⁵¹: 1º) *Coste de litigar ante tribunales extranjeros*. El mismo litigio resulta más caro a la parte contratante que deba litigar en el extranjero, puesto que, tiene la obligación de trasladarse al país donde el litigio tenga lugar, debe contratar un abogado, tiene que informarse sobre el Derecho procesal extranjero, etc. Mientras que la parte contratante que litigue ante

¹⁴⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825.

¹⁴⁹ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, nº 4, 2004, pp. 1-20; En la misma línea, H. BATIFFOL, *Les aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, reimpresión con introducción de Y. LEQUETTE, Dalloz, Paris, 2002 manifiesta que para realizar la coordinación de los sistemas de DIPr. deben cumplirse tres objetivos: 1º) La protección de la sociedad; 2º) La armonización internacional de las soluciones y 3º) La utilidad privada.

¹⁵⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 309-310.

¹⁵¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 22, 2004, pp. 17-58, esp. p. 38.

tribunales nacionales soporta costes inferiores. 2º) *Coste de importar una solución jurídica*. Las autoridades públicas de un Estado miembro pueden exigir el cumplimiento de determinados requisitos para que dicha resolución judicial “extranjera” surta efectos en los demás Estados miembros. 3º) *Coste procesal internacional*. Litigar contra un particular “extranjero” por hechos ocurridos en el extranjero resulta más “costoso” que litigar contra un particular “nacional” por hechos ocurridos en el país nacional.

159. La consecuencia puede poner de manifiesto que las situaciones jurídicas internacionales comportan siempre un “coste” mayor que las situaciones privadas internas. Ahora bien, el intercambio transnacional también comporta una mayor ganancia para las partes contratantes siempre que éste se realice de modo *eficiente*. Por ejemplo, la celebración y ejecución de un contrato internacional resulta más costosa a las partes contratantes que la celebración y ejecución de un contrato interno, puesto que, las partes implicadas tienen que litigar ante un tribunal extranjero, con arreglo a una Ley extranjera y deben importar la solución jurídica y afrontar el coste procesal internacional.

160. b) Los costes “conflictuales”. Los “costes conflictuales” pueden clasificarse en dos grupos¹⁵²: 1º) *Costes de información del Derecho aplicable*. Resulta aplicable el Derecho estatal conocido y/o utilizado habitualmente por las partes contratantes. 2º) *Costes de la circulación internacional*. El contrato internacional se rige por el Derecho estatal que garantiza su validez y eficacia en los Estados en los que interesa que dicho contrato internacional produzca efectos jurídicos.

161. En suma, las partes contratantes inquieran una Ley cuya aplicación al contrato comporte mínimos “costes conflictuales”. Una Ley estatal con cuya aplicación contaron las partes contratantes desde el momento de su participación en el tráfico internacional. La Ley estatal que conceda mayor previsibilidad a ambas partes contratantes resultará aplicable al contrato internacional, y, si hubiere más de una Ley estatal previsible, se elegirá aquella que comporte menores “costes conflictuales” a ambos contratantes.

E) Reducción de los costes conflictuales

162. La pluralidad de Derechos privados estatales puede constituir un obstáculo real al ejercicio de un efectivo intercambio internacional. Por esta razón, el DIPr. ha asumido distintas estrategias jurídicas dirigidas a potenciar un intercambio internacional sin riesgo para los particulares implicados. Las estrategias jurídicas pueden concretarse, entre otras, en las siguientes¹⁵³:

163. a) La regla *Lex Fori*. El contrato se rige por la Ley del Estado cuyas autoridades conocen del asunto. El Juez aplica la Ley sustantiva del Estado al que

¹⁵² F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Derecho Internacional Vitoria Gasteiz 2001*, Universidad País Vasco, Servicio de Publicaciones, 2002, pp. 88-154.

¹⁵³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 51-62.

pertenece, su Derecho. Sin embargo, la regulación del contrato de conformidad con las exigencias legales requeridas por distintos ordenamientos jurídicos comporta costes conflictuales muy elevados para las partes contratantes. La aplicación imperativa de la *Lex Fori* puede conducir a un resultado *ineficiente* si los particulares deben informarse y adaptar su comportamiento jurídico a un Derecho cuyo contenido desconocen. E incluso más, el *legeforismo* potencia el *Forum Shopping*. El contrato se registrará por la Ley del país en el que la parte presente primero la demanda ante los tribunales. Por esta razón, se desconoce la Ley reguladora del contrato hasta el momento en el que uno de los litigantes acude a los tribunales. Ello implica para las partes contratantes un estudio preventivo acerca de los beneficios que les pueda reportar presentar la demanda ante uno u otro tribunal y el riesgo de anticipación por parte del otro litigante en la presentación de la demanda. En consecuencia, lo que resulta fácil, económico y conveniente para el Juez no tiene porque serlo para las partes¹⁵⁴.

164. b) Unificación de las Leyes sustantivas de los diferentes Estados. Si bien la unificación de los Derechos sustantivos de los distintos países erradicaría el problema de los conflictos de leyes y permitiría un intercambio internacional a bajo coste para los particulares implicados, la estrategia también puede considerarse costosa e *ineficiente* por los motivos siguientes¹⁵⁵: la unificación internacional del Derecho privado sustantivo únicamente cubre aspectos específicos, puesto que, cada Estado dispone de concepciones jurídicas distintas en materia de Derecho privado¹⁵⁶. Y, además, la creación de un Derecho privado sustantivo internacional aplicable solamente a supuestos internacionales genera elevados costes jurídicos para los particulares, puesto que, deben conocer su Derecho nacional y la nueva normativa internacional unificada para la participación en negocios internacionales.

165. La pluralidad de Leyes estatales provoca la “competencia entre ordenamientos jurídicos estatales”¹⁵⁷ que se ha convertido en la “pieza esencial del funcionamiento del mercado interior”¹⁵⁸ en la UE.

¹⁵⁴ P. LALIVE, “Tendances et méthodes en droit international privé (Cours Général)”, *RCADI*, vol. CLV, 1977, pp. 1-424, esp. pp. 185-190.

¹⁵⁵ A- L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 98-104; M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, nº 4, 2004, pp. 1-20, esp. pp. 4-5.

¹⁵⁶ En la misma línea F. RIGAUX / M. FALLON, “*Droit international privé*”, 3ª edición, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 80 “*Plutôt récente, [la méthode] repose sur la possibilité d’obtenir un accord entre États, de préférence entre un nombre significatif d’États. Malgré son intérêt, la méthode d’uniformisation du droit matériel n’a pas encore cessé d’être marginale*”.

¹⁵⁷ E. A. O’HARA / L. E. RIBSTEIN, “Conflict Of Laws and Choice Of Law” en B. BOUCKAERT AND G. DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics*, (University of Ghent and University of Utrecht), 2000, pp. 631-660, esp. p. 643; B. H. KOBAYASHI / L. E. RIBSTEIN, “Contract and Jurisdictional Competition” en F. H. BUCKLEY (ED.) *Fall and Rise of Freedom of Contract*, NC, Duke University Press, Durham, 1998, pp. 325-349; L. E. RIBSTEIN, “Choosing Law by Contract”, *Journal of Corporation Law*, nº 18, 1993, pp. 245-265.

¹⁵⁸ H. MUIR WATT, “Aspects économiques du droit international privé”, *RCADI*, vol. CCCVII, 2004, pp. 29-383, esp. pp. 83-113.

166. c) *La norma de conflicto de leyes.* La norma de conflicto de leyes permite, aún conservando los distintos Derechos privados sustantivos en cada Estado, la localización *eficiente* del Derecho estatal que regulará el contrato. Por esta razón, la norma de conflicto de leyes del siglo XXI tiene por misión proporcionar seguridad jurídica y disminuir los “costes conflictuales” a los operadores económicos que participen en el tráfico internacional.

167. Las técnicas que utiliza la norma de conflicto de leyes para reducir los “costes conflictuales”, pueden resumirse, entre otras, en las siguientes¹⁵⁹:

168. Primera técnica: *unificación normativa supranacional*¹⁶⁰. La norma de DIPr. que regula el contrato internacional es la misma con independencia del tribunal estatal que conozca del asunto. Para ello, resulta necesario unificar los *sistemas nacionales de DIPr.*, esto es, elaborar un DIPr. uniforme y aunar las *normas sustantivas* de DIPr. de los distintos países del mundo. Ahora bien, la unificación normativa supranacional también genera costes de Derecho global a las partes contratantes¹⁶¹, puesto que, la modificación del Derecho unificado para adaptarlo a la realidad de las nuevas circunstancias resulta complejo y trabajoso. En este sentido, el DIPr. material uniforme supone para los operadores económicos en el comercio internacional, el conocimiento de la normativa nacional y de la normativa supranacional unificada en atención a la transacción comercial que realicen, nacional o transnacional, respectivamente. En consecuencia, los instrumentos de *Derecho global imperativo* minoran las posibilidades de los particulares a la hora de *elegir el Derecho sustantivo* aplicable a las situaciones privadas internacionales. Y, además, el Derecho global presenta lagunas cuya integración puede procurarse con un Derecho nacional. En consecuencia, reaparece el problema de los “conflictos de leyes”.

¹⁵⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, LiberLibro.com, Albacete, 2002, pp. 86-90.

¹⁶⁰ Desde la perspectiva del DIPr. la unificación legal supranacional se entiende en sentido positivo, entre otros autores, por H. BERMAN / C. KAUFMAN, “The Law of International Commercial Transactions (lex mercatoria)”, *Harvard International Law Journal*, 1978, pp. 221-243; B. GOLDMAN, “Frontières du droit el lex mercatoria”, *Archives de Philosophie du droit*, vol. IX, 1964, pp. 46-69; ID., “La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives”, *JDI Clunet*, vol. CVI, 1979, pp. 475-508; C. M. SCHMITTHOFF, “International Trade and Private International Law”, *Von Deutschen zum Europäischen Recht. Festschrift für H.Dölle*, vol. II, Tubinga, Mohr, 1963, pp. 261-280; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *REDI*, vol. XLVII, nº 2, 1995, pp. 11-41, esp. p. 30; J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO *Legal Aspects of Globalization*, *Kluwer Law International*, The Hague – London – Boston, 2000, pp. 11-26.

¹⁶¹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *REDI*, vol. XLVII, nº 2, 1995, pp. 11-41, esp. p. 30; J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, *Kluwer Law International*, The Hague – London – Boston, 2000, pp. 11-26.

169. Segunda técnica: *incremento de la previsibilidad de la Ley aplicable a un contrato internacional*¹⁶². Las herramientas dirigidas a incrementar la previsibilidad de la Ley aplicable a un contrato internacional pueden concretarse en las siguientes:

170. a) *Potenciación de la autonomía de la voluntad conflictual*. Las partes contratantes eligen *ex ante* la Ley aplicable al contrato. En consecuencia, los costes conflictuales se reducen considerablemente para las partes contratantes. Se evita la intervención del juzgador y el litigio para la determinación de la Ley aplicable.

171. b) *Se difunde el principio de proximidad*. El principio de proximidad incide en los sectores siguientes: 1º) *Competencia Judicial Internacional*. En ausencia de elección de tribunal por las partes, resultan competentes los tribunales del Estado con el que el contrato internacional presenta una *proximidad suficiente*. En consecuencia, las partes contratantes minoran los “costes de información” para con los tribunales competentes¹⁶³. La elección por las partes del tribunal competente para resolver una cuestión controvertida, comporta un indicio¹⁶⁴ de peso respecto a la aplicación del Derecho del lugar del tribunal, puesto que, puede comportar a las partes mínimos costes de investigación del Derecho¹⁶⁵. 2º) *Ley aplicable*. En defecto de elección de Ley aplicable por las partes contratantes, el contrato internacional se rige por la Ley del país con el que dicho contrato se halla más estrechamente vinculado teniendo en cuenta las *circunstancias de hecho del caso concreto*¹⁶⁶.

¹⁶² En la misma línea, W. WENGLER, “L’evolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable”, *RCDIP*, vol. LXXIX, nº 3, 1990, pp. 663 y ss. defiende la utilización de criterios que posibiliten a las partes contratantes la determinación “segura” y “previsible” de los tribunales competentes, la Ley estatal aplicable y los requisitos para que las decisiones públicas extranjeras resulten efectivas no sólo en el país en el que se dictó, sino también en los demás países.

¹⁶³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 22, 2004, pp. 17-58, esp. p. 53.

¹⁶⁴ 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 LaLey*, Año XXIX, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*. En la propuesta de la Comisión se preveía que la elección por las partes de los tribunales de un Estado como foro competente para conocer de sus litigios presuponia una elección tácita del Derecho material de dicho Estado como Ley aplicable al contrato. Sin embargo, el sentido común parece decirnos que si las partes quieren realmente someter el contrato a una Ley determinada, lo dirán expresamente. Si no, lo más lógico es pensar o que no pretendieron elegir la Ley aplicable o que simplemente es algo que no consideraron al introducir la cláusula de elección de foro. Al final, esa circunstancia sólo se menciona en los considerandos del texto como un índice o «factor» más que los jueces deben tener presente para decidir si hubo una elección tácita.

¹⁶⁵ S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento “Roma I”: algunas observaciones sobre artículos escogidos del proyecto de la comisión para un reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *AEDIPr.*, tomo VI, 2006, pp. 541-568.

¹⁶⁶ P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. CXCVI, 1986, pp. 9-238; W. WENGLER, “The general principles of Private International Law”, *RCADI*, vol. CIV, 1961, pp. 279-469; J. D. GONZALEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé”, *RCADI*, vol. CCLXXXVII, 2000, pp. 9-426; ID., “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5239-5270.

172. c) *Cláusulas de flexibilización en la fijación del Derecho aplicable.* Las cláusulas de flexibilización se dirigen a eliminar la rigidez de las reglas de DIPr. que pueden comportar soluciones *imprevisibles* para las partes contratantes¹⁶⁷. Las cláusulas de flexibilización en la determinación del Derecho aplicable pueden sintetizarse en las técnicas siguientes: 1º) *Potenciación de la cláusula de excepción y de la cláusula de escape.* Si la norma de DIPr. conduce a un Derecho estatal cuya aplicación resulta imprevisible para las partes contratantes, cabe la posibilidad de no aplicar dicha norma “imprevisible” de DIPr. y aplicar, en su lugar, la Ley del país con la que el contrato presente los vínculos más estrechos. Los instrumentos más utilizados son la *cláusula de excepción* y la *cláusula de escape*. En otras palabras, a través de estos mecanismos, se logra no aplicar la Ley designada por la norma de conflicto *rígida* cuando existe otra Ley que corresponde a un país más vinculado con la situación. Estas cláusulas realizan el *principio de previsibilidad* de la Ley aplicable: consiguen que el contrato se rija por la Ley estatal que las partes esperan ver aplicada al mismo. 2º) *Elaboración de normas de conflicto de leyes que no contienen puntos de conexión rígidos.* El sistema de DIPr. necesita normas de conflicto de leyes que contengan puntos de conexión “flexibles”¹⁶⁸ que permitan al Juez realizar un “proceso de concreción” en el que determine la Ley estatal *eficiente* respecto del contrato internacional. 3º) *Creación de técnicas similares en el ámbito de la competencia judicial internacional.* El tribunal de un Estado no debe conocer de una controversia si se demuestra que su determinación como tribunal competente genera una *carga procesal excesiva* para las partes contratantes. En sintonía con ello, las partes contratantes litigarán ante el tribunal que se halle más vinculado con la cuestión controvertida.

173. En definitiva, la aplicación al contrato internacional de un único “Derecho privado sustantivo” no es suficiente para consolidar e incentivar el intercambio internacional. Un intercambio internacional precisa una norma de conflicto de leyes que conduzca a la aplicación de una Ley estatal que comporte mínimos costes conflictuales a las partes contratantes. En palabras de S. LEIBLE¹⁶⁹ “*La seguridad jurídica es un importante valor y de gran significado para el tráfico internacional, pero no tendría que tener ninguna preeminencia sobre la justicia del caso concreto*”.

¹⁶⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 22, 2004, pp. 17-58, esp. p. 54.

¹⁶⁸ J. G. SAUVEPLANNE, “New Trends in the Doctrine of Private International Law and their Impact on Courts Practice”, *RCADI*, vol. CLXXV, 1982, pp. 9-98, esp. p. 49; SP. VRELLIS, “La justice 'matérielle' dans une codification du droit international privé”, *Liber amicorum G.A.L. Droz, Kluwer Law International*, The Hague, 1996, pp. 541-562, esp. pp. 559-561; J. D. GONZALEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé”, *RCADI*, vol. CCLXXXVII, 2000, pp. 9-426, esp. pp. 279-297.

¹⁶⁹ S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento ‘Roma I’. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 541-568.

2. Definición de “proximidad” y “vínculos más estrechos”

A) Aspectos generales del principio de proximidad

a) Evolución histórica del principio de proximidad en la esfera contractual

174. El principio de proximidad tiene su antecedente más claro en el concepto de “sede” de la relación jurídica¹⁷⁰ y en la noción de “centro de gravedad”¹⁷¹ de la relación jurídica¹⁷². En sintonía con ello, J. WESTLAKE¹⁷³ incorpora la idea de aplicar a un asunto concreto la Ley del país con el que dicho caso presente la “relación más estrecha”.

175. Conviene destacar que la precisión del “vínculo más estrecho” en un contrato internacional ha sido objeto de modificaciones en atención a la época histórica a la que se haga referencia¹⁷⁴. En un primer momento los canonistas del siglo XII consideraban la Ley del lugar de celebración del contrato el vínculo más estrecho. Ello era así porque los contratos se celebraban, entre presentes, en ferias, puertos y mercados¹⁷⁵. Con posterioridad, la llegada de nuevas técnicas de contratación en el comercio internacional, tales como la contratación a distancia o la intermediación bancaria, relevaron el punto de conexión “lugar de celebración del contrato”, fortuito e insatisfactorio para las partes contratantes. En consecuencia, el criterio “lugar de celebración del contrato” es sustituido por el indicativo “lugar de ejecución del contrato”. En un momento ulterior, también se observó la *ineficiencia* del punto de conexión en determinados tipos contractuales, por ejemplo, respecto de los contratos sinalagmáticos cuyas obligaciones debían ejecutarse en distintos países.

¹⁷⁰ F. C. DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, traducido del alemán por M. CH. GUENOUX y vertido al castellano por JACINTO MESSÍA Y MANUEL POLEY, Madrid, 1879, vol. VIII, edición facsimil de Comares, Granada, 2005; O. LANDO, “Conflicts lawyers, I have read and met”, *RebelsZ*, vol. LXXV, n° 3, 2011, pp. 485-496, esp. p. 487 señala que F. C. DE SAVIGNY, en sentido contrario a lo que indicaron sus predecesores, estima que cada relación jurídica tiene que ser determinada por la misma Ley, con independencia del Estado en el que la acción fue ejercitada. En consecuencia, la precisión de la Ley estatal reguladora de una situación jurídica se realiza tomando en consideración dicha situación jurídica.

¹⁷¹ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, p. 217.

¹⁷² P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. CXCVI, 1986, pp. 25-237, esp. pp. 29 y ss.

¹⁷³ J. WESTLAKE, *A Treatise on Private International Law or the Conflict of Laws*, T. & J.W. Johnson, Philadelphia, 1859.

¹⁷⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2003, pp. 50-57.

¹⁷⁵ M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS (DIR.), *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, 6ª edición revisada, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 108-144; ID., “La Ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios homenaje Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. pp. 5302-5303.

176. En efecto, desde la Edad Media, los juristas tratan de encontrar el mecanismo que permita determinar el “mejor contacto” que presente el contrato con un país, ya sea el país del lugar de conclusión del contrato, del lugar de ejecución, del lugar de la sede de las partes, etc.¹⁷⁶.

177. Ahora bien, la fijación de la Ley aplicable al contrato a través del mecanismo de la proximidad, en virtud de la precisión de los *vínculos más estrechos*, no puede constituir un proceso de *arbitrariedad judicial o arbitral*. Varias razones avalan dicha afirmación: por una parte, la arbitrariedad judicial o arbitral atenta contra las reglas del Estado de Derecho y las funciones del Derecho de contratos (art. 9.1 CE¹⁷⁷). Por otra parte, el Juez o árbitro no puede interpretar *ad libitum* el “principio de proximidad”, puesto que, ello supondría la destrucción de la unidad de soluciones ofrecida por la normativa de la UE en materia de contratos, y con frecuencia, favorecería la aplicación de la *Lex Fori*¹⁷⁸.

b) La tesis del principio de proximidad y su homóloga “The Proper Law of The Contract Doctrine”

178. Desde su origen, la tesis de la proximidad se traslada a los países anglosajones, donde DICEY y J. WESTLAKE, entre otros, la impulsaron y desarrollaron con el nombre *The Proper Law of The Contract Doctrine*¹⁷⁹. La teoría parte de la afirmación siguiente: el Juez aplica al contrato la Ley del país más conectado con el asunto concreto.

179. Esta teoría conoce, posteriormente, una versión europea y una versión norteamericana.

La *versión europea* de la tesis del *principio de proximidad* pone de relieve el aspecto siguiente, expuesto por CH. DUMOULIN¹⁸⁰ en el siglo XVI: el principio de

¹⁷⁶ F.A. MANN, "The Proper Law of the Contract", *ICLQ*, vol. III, 1950, pp. 60-73; W. WENGLER, "L'evolution moderne du droit international privé et la previsibilité du droit applicable", *RCDIP*, vol. LXXIX, nº 3, 1990, pp. 663 y ss.

¹⁷⁷ Art. 9.1 CE: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

¹⁷⁸ E. VITTA, "La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano", *RDIPP*, vol. XVII, 1981, pp. 837- 852, esp. p. 850.

¹⁷⁹ La influencia de la teoría « The proper Law of the contract » en el Convenio de Roma es estudiada, entre otros, por O. KAHN-FREUND, “La notion anglaise de la “proper law of the contract” devant les juges et devant les arbitres. Ses développements récents et ses affinités avec l’Avant-projet européen d’unification des règles de conflit en la matière », *RCDIP*, vol. LXII, 1973, pp. 607 y ss ; F. MOSCONI, « La Convenzione di Roma e le recenti teorie americane sui conflitti di leggi », en *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Cedam, Padova, 1983, pp. 47 y ss ; A. J. E. JAFFEY, « The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention », *ICLQ*, vol. XXXIII, nº 3, 1984, pp. 531-560.

¹⁸⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2003, p. 51 expone que CH. DUMOULIN reformula, en su obra *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus* (Comentario al *Codex* de Justiniano, libro primero, título primero, edición de 1681, tomo III, p. 554), la Ley *Si Fundus*, para evitar su aplicación a casos en los que el lugar de celebración es

proximidad significa que el contrato debe quedar sujeto a la Ley estatal cuya aplicación resulte *fácilmente previsible* para las partes contratantes. En consecuencia, *principio de proximidad* equivale a *principio de previsibilidad* de la Ley aplicable. En palabras de P.E. NYGH, P. HAY¹⁸¹, se trata de dejarse guiar por “*the reasonable expectations of the parties*”. La *versión europea* de la tesis del principio de proximidad no tiene en cuenta el *contenido* de los Derechos estatales potencialmente aplicables.

La *versión norteamericana* de la teoría, desarrollada, ya en el siglo XX, durante *The Conflict of Laws Revolution*, es la conocida tesis de *The Most Significant Relationship Theory* o *Grouping Of Contacts Theory* (W. REESE). La versión norteamericana del *principio de proximidad* presenta caracteres propios, pues considera la previsibilidad del Derecho aplicable para las partes contratantes y el *contenido material* de los Derechos estatales “en conflicto”. Por esta razón, el contrato se regirá por el Derecho que presente vocación para regular el caso concreto, con el fin de proteger intereses esenciales de la contratación, defender a los nacionales y garantizar intereses generales o públicos, etc.

180. El caso *Bonython v. Commonwealth of Australia*¹⁸² constituye el ejemplo más claro de la aplicación de la teoría “*The proper law of the contract*”. El caso *Bonython* permite distinguir dos fases:

Primera fase: *system of law by reference to which the contract was made*. El Juez considera, con carácter general a la hora de determinar la Ley aplicable al contrato, las indicaciones referidas en una elección implícita de la Ley por las partes contratantes. Ahora bien, si la voluntad implícita de la parte resulta de difícil o imposible determinación, los “contactos” que constituían la voluntad implícita de las partes contratantes no deben “pesarse” a la hora de precisar “objetivamente” el país más vinculado.

Segunda fase: *system of law with which the transaction has its closest and most real connection*. La fijación de la Ley aplicable al contrato internacional debe efectuarse en consideración con los “contactos objetivos” que la situación jurídica presente con un país concreto.

181. Sin embargo, precisar la Ley aplicable a un contrato internacional tomando en consideración la “sede” o “centro de gravedad” de la relación jurídica, el “vínculo más estrecho” o la “proximidad” que presente un contrato con un país determinado resulta insuficiente e *ineficiente* para el operador jurídico. El operador jurídico necesita saber qué significa y cómo se determina el “vínculo más estrecho” entre un contrato y un país y en qué consiste y cómo funciona “el principio de proximidad”.

fortuito: “*non de loco contractus fortuiti sede domicilii prout crebrius usuvenit immobilia non vendi penegre, sed in loco domicilii*”.

¹⁸¹ P. HAY, "Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law", *RCADI*, vol. CCXXVI, 1991, pp. 281-412; P.E. NYGH, "The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort", *RCADI*, vol. CCLI, 1995, pp. 269-400.

¹⁸² [1951] AC 201, 219. El caso *Bonython v. Commonwealth of Australia* es analizado por A.J.E. JAFFEY, "The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention", *ICLQ*, vol. XXXIII, n° 3, 1984, pp. 531-560, esp. pp. 531-536; M. VIRGÓS SORIANO, "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato", en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309.

c) Configuración del principio de proximidad y de la noción “vínculos más estrechos”

182. El principio de proximidad ilustra, con carácter general, la idea siguiente¹⁸³: la Ley del país con la que una situación jurídica privada de carácter internacional presente los vínculos más estrechos, tiene que resultar aplicable a la misma con independencia del contenido material de dicha Ley. En particular, en el ámbito contractual, el contrato internacional se rige por la Ley del Estado con el que presente los vínculos más estrechos.

183. En sintonía con ello, el principio de proximidad proporciona “Justicia” conflictual¹⁸⁴ en la cuestión controvertida del conflicto de leyes. La norma de conflicto de leyes aplicable al contrato internacional no contempla un punto de conexión *abstracto*¹⁸⁵, esto es, un punto de conexión inadecuado a la concreta situación jurídica privada internacional, sino un punto de conexión *concreto*¹⁸⁶, es decir, un punto de conexión específico de la situación jurídica privada internacional.

184. La doctrina duda de la *eficiencia* del principio de proximidad en materia de contratos internacionales. P. M. NORTH¹⁸⁷ estima que el principio de proximidad

¹⁸³ P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. CXCVI, 1986, pp. 25-237 expone que la “flexibilidad” y la “vitalidad” constituyen dos características del principio de proximidad. No obstante, resultaría útil al operador jurídico conocer el significado de “vínculo más estrecho”; F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª edición, Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, pp. 92-93 estiman que la tesis del principio de proximidad sugiere que el negocio jurídico debe regirse por la Ley del país con el que se halla más estrechamente vinculado; T. BALLARINO / G. P. ROMANO, “Le principe de proximité chez Paul Lagarde”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 37-54, esp. p. 38.

¹⁸⁴ T. BALLARINO / G. P. ROMANO, “Le principe de proximité chez Paul Lagarde”, *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 37-54, esp. p. 38 manifiesta que el principio de proximidad constituye el núcleo de la “Justicia de derecho internacional privado” por la cual, la Ley “más justa” es la Ley “más próxima” y no la Ley “mejor” desde el punto de vista de su contenido material; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2004, p. 39 concreta los principios-valores de raíz constitucional y europea que constituyen los “radicales de Justicia” de DIPr.: 1º) Seguridad jurídica internacional; 2º) Tutela judicial efectiva internacional y 3º) Defensa de la tabla de “valores materiales” del Derecho Privado contenidos en la Constitución y en el Derecho de la UE. J. MAURY, “Règles générales des conflits de lois”, *RCADI*, vol. LVII, 1936, pp. 329-563, esp. p. 431 considera que la “Justicia conflictual” o “Justicia de la localización” corresponde al Derecho más adecuado a la naturaleza del negocio jurídico en concreto.

¹⁸⁵ G. P. ROMANO, “La bilatéralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, vol. XCV, nº 3, 2006, pp. 457-519, esp. p. 513 “La “vocation” d’application d’une loi et la nature “abstraite” de celle-ci s’expliquent par le cadre “prépositif” de l’élaboration du droit dans lequel on se situe: le for se trouve face à plusieurs lois qui lui paraissent toutes assez proches et il désigne comme seule applicable celle qui lui paraît la plus proche”.

¹⁸⁶ H. GAUDEMET-TALLON, “Nationalité, statut personnel et droits de l’homme”, *Festschrift für E. Jayme*, München, 2004, pp. 205-221, esp. p. 211 “Toute règle de conflit [...] aboutit à désigner une loi et à rejeter les autres”.

¹⁸⁷ P. M. NORTH, “Contract (Reform, but not Revolution)”, *RCADI*, vol. CCXX, 1990-I, pp. 152-205, esp. p. 154 se pregunta acerca del principio de proximidad “do we look to “the country” or “the system of

“...puede estar lleno de incerteza técnica y práctica”. M. VIRGÓS SORIANO¹⁸⁸ considera que el principio de proximidad consiste en un “precipitado histórico de los sistemas europeos de Derecho Internacional Privado que el legislador ha querido utilizar como solución más idónea”. Otro autor (A. KASSIS¹⁸⁹) expone el pensamiento doctrinal acerca del principio de proximidad: “...fundamento vago y laxo carente de objetividad” y W. WENGLER¹⁹⁰ va más allá y entiende el principio de proximidad como un método “de interpretación de cartas por adivinos”. E incluso más, A. J. E. JAFFEY¹⁹¹ estima que resulta irrelevante, para las partes contratantes la aplicación del Derecho de los vínculos más estrechos, un Derecho carente de conexión estrecha o cualquier otro Derecho (Ley del lugar de ejecución o de celebración del contrato), puesto que, el interés de las partes contratantes radica en adaptar su comportamiento a la Ley del país que devenga aplicable (L. F. CARRILLO POZO¹⁹²). Desde otra perspectiva, H. GAUDEMET-TALLON¹⁹³

law” and how do we differentiate them? What is a “transaction”? How do you find the closest connection? These issues, especially the last, may well need a judge to resolve them, and the last thing that business men want is judges or, indeed, lawyers!”; En la misma línea H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 2-39, esp. p. 19 expone la crítica al sistema en cuanto genera inseguridad en un ámbito contractual en el que la previsibilidad debe ser la regla.

¹⁸⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5292.

¹⁸⁹ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 285 indica que el principio de proximidad es considerado por la doctrina como un « *fondement vague et lâche, qui manque donc d’objectivité, et qui n’est pas moins vague ou lâche qu’il ne l’était dans la jurisprudence antérieure à la Convention de Rome* ». En la misma línea P. LAGARDE, « Commentaire de la convention », *RCDIP*, vol. LXXX, n° 2, 1991, pp. 306-321, esp. p. 306; S. SÁNCHEZ LORENZO, «La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en J. M. GARCÍA COLLANTES (DIR.) *La unificación jurídica europea. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 139-164 esp. p. 158 conceptúa la proximidad como “una imagen”. Y añade “Decimos que [dicha] conexión pierde “proximidad”, pero podríamos decir que, dadas las circunstancias del caso, no se cumple el objetivo material que refleja la conexión”.

¹⁹⁰ W. WENGLER, « L’evolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP*, vol. LXXIX, n° 3, 1990, pp. 661 y ss.

¹⁹¹ A.J.E. JAFFEY, “The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention”, *ICLQ*, vol. XXXIII, n° 3, 1984, pp. 531-560, esp. p. 534.

¹⁹² L. F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41, esp. p. 21.

¹⁹³ H. GAUDEMET-TALLON, “Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)”, *RTDE*, vol. XVII, 1981, pp. 215-285, esp. p. 247 « *Il s’agissait donc aussi d’un rattachement souple. Mais cette souplesse, appréciable certes, mais aussi génératrice d’incertitudes, avait été modérée par l’énoncé de certaines présomptions qui devaient, le plus souvent, indiquer au juge, sans hésitation possible, la loi applicable* ». En la misma línea, U. VILLANI, “Aspetti problematici della prestazione caratteristica”, *RDIPP*, vol. XXIX, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 513-516.

aun cuando califica de “flexible” e “incierto” al principio de proximidad, considera que tales calificaciones “se moderan” en atención a las presunciones que indican al Juez, sin duda alguna, la Ley aplicable al contrato internacional. Y J. M. JACQUET¹⁹⁴ valora el principio de proximidad como alternativa, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes, dirigida a satisfacer los intereses de los particulares y los de los Estados cuyas Leyes se hallan en conflicto.

185. El principio de proximidad puede presentar tres formas distintas¹⁹⁵: 1º) El contrato internacional se rige por la Ley estatal que presente los vínculos más estrechos *materializados en abstracto* por un único punto de conexión. El contrato se regula por el vínculo “más fuerte”. 2º) La Ley aplicable al contrato internacional se determina en atención al vínculo más estrecho *materializado en concreto* (principio de proximidad “puro”). O bien, 3º) El contrato internacional se regula por la Ley del Estado con la que presente una proximidad *suficiente*, aún cuando ésta no constituya el vínculo más estrecho con la situación jurídica privada internacional.

186. El principio de proximidad puede concretarse en los argumentos siguientes¹⁹⁶: 1º) *Idea regulativa*. La puntualización del “vínculo más estrecho” tiene lugar a partir, no de la suma, sino de la ponderación de *todas*¹⁹⁷ las circunstancias relevantes en el contrato internacional. Y 2º) *Argumento lógico – sistemático*. La función general del Derecho de los contratos¹⁹⁸ consiste en facilitar el intercambio internacional. Para ello, las conexiones que el contrato presente con los distintos países deben valorarse de conformidad con la *estructura* de la relación contractual. En otras palabras, el vínculo más estrecho se concreta en consideración a la naturaleza, objeto y fin del contrato. La ponderación de los “contactos” se efectúa *en concreto* y desde el punto de vista “interno” a la economía del contrato.

¹⁹⁴ J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50, esp. p. 23.

¹⁹⁵ T. BALLARINO / G. P. ROMANO, “Le principe de proximité chez Paul Lagarde”, en *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 37-54, esp. p. 42.

¹⁹⁶ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. pp. 5292-5297.

¹⁹⁷ M. VIRGÓS SORIANO diferencia las “vinculaciones” siguientes: 1º) *Subjetivas* o derivadas de las circunstancias de la persona: nacionalidad de las partes contratantes, su domicilio o sede, residencia habitual, lugar de establecimiento, etc. 2º) *Objetivas* o derivadas de las circunstancias del negocio jurídico: a) *Territoriales*: lugar de celebración o de ejecución del contrato, lugar de situación del objeto del contrato, lugar de ejecución de las obligaciones principales y secundarias del contrato. b) *Jurídicas*: conocimiento de la cuestión controvertida en competencia exclusiva al tribunal de un Estado, utilización de figuras típicas de un ordenamiento nacional. c) *Económicas*: inserción del contrato en un mercado nacional concreto.

¹⁹⁸ C. PAZ-ARES, “La economía política como jurisprudencia racional (Una aproximación a la Teoría económica del Derecho)”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 34, 1981, pp. 664 y ss. Considera que el Derecho de los contratos debe producir *seguridad* (= la solución alcanzada por el Juez resultará generalizada y aplicable a aquellas situaciones jurídicas que planteen la misma estructura) y *previsibilidad* (= mínimos costes de transacción conflictuales a las partes contratantes)

187. En particular, el principio de proximidad se sustenta en la observación y posterior aplicación de la Ley del Estado que presente mayor grado de previsibilidad¹⁹⁹ para ambos contratantes. Por esta razón, la vinculación de un contrato internacional con distintos ordenamientos jurídicos se valora desde la particular estructura de la relación contractual. En otras palabras, el principio de proximidad puede erigirse sobre el fundamento siguiente: la Ley aplicable al contrato internacional debe resultar previsible para ambos contratantes.

188. La aplicación al contrato internacional de una Ley previsible para las partes contratantes les comporta mínimos “costes conflictuales” a éstas. Por tal razón y, de conformidad con el principio de proximidad, la norma de conflicto de leyes debe conducir a la aplicación del Derecho del Estado cuya asignación comporte los menores “costes conflictuales” para los contratantes. En este sentido, deviene aplicable el Derecho del Estado al que pueden acceder los contratantes a un coste reducido. El “menor coste conflictual” es reflejo del conocimiento y/o la habituación de utilización de tal Derecho y la garantía de circulación internacional del contrato. Un contrato válido y eficaz en los Estados que interesa que surta efectos jurídicos. En este sentido, las partes contratantes inquieran una Ley cuya aplicación al contrato comporte mínimos “costes conflictuales”. Una Ley estatal con cuya aplicación contaron las partes desde el momento de su entrada en el tráfico internacional.

189. La concreción del significado del principio de proximidad consiste afirmar que la Ley del país con el que la situación jurídica privada internacional se halle más estrechamente vinculada corresponde con la Ley del país cuya aplicación comporta menores costes conflictuales a los particulares implicados. Por esta razón, “principio de proximidad” equivale a “localización *eficiente*” de una situación jurídica privada internacional. En particular en el ámbito contractual, el contrato internacional se rige por la Ley del Estado que concede mayor previsibilidad a ambas partes contratantes y, si concurre más de una Ley estatal previsible, por aquélla que comporte menores “costes conflictuales” a ambos particulares implicados.

d) Respuestas a los interrogantes que suscita el principio de proximidad.

190. El principio de proximidad puede plantear numerosas cuestiones a las que conviene dar una respuesta argumentativa:

¹⁹⁹ L. F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41, esp. p. 22 considera que “la máxima en la determinación de la ley aplicable en contratos no es la completa previsibilidad del régimen jurídico sino la aplicación del ordenamiento jurídico en cuya aplicación tenían que haber esperado los negociadores”.

1º) Primera cuestión: ¿Resulta compatible el principio de proximidad con la seguridad jurídica internacional?

191. La “seguridad jurídica internacional” constituye un *principio-valor* del DIPr.²⁰⁰. Un DIPr. produce “resultados justos” cuando proporciona “orden jurídico” en un contexto “legalmente desordenado”²⁰¹. Por esta razón, el DIPr. debe dotar de “seguridad jurídica” a las situaciones *jurídicamente inestables*²⁰². En consecuencia, las normas de DIPr. que no respeten la “seguridad jurídica”, entendida en el sentido de *previsibilidad legal*, conducen a “resultados injustos”. En efecto, la exigencia de “seguridad jurídica” en el DIPr. no constituye *un capricho*²⁰³, puesto que, la “seguridad jurídica” potencia e incentiva el intercambio internacional y reduce los “costes conflictuales” ocasionados a las partes contratantes.

192. Las normas de conflicto de leyes de DIPr., en cumplimiento del principio de previsibilidad deben indicar, con *claridad, precisión y sencillez*, la Ley aplicable al contrato internacional²⁰⁴. Para ello, la aplicación a un contrato internacional de la Ley de un Estado con la que dicho contrato presente “contactos significativos” con el Estado en cuestión, garantiza una *solución previsible* y un *proceso justo* para las partes contratantes²⁰⁵.

193. Sin embargo, el “principio de proximidad” fundado en el concepto “vínculos más estrechos” también puede comportar una minoración de la previsibilidad

²⁰⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2004, pp. 39 y ss.

²⁰¹ P. LALIVE, “Tendances et méthodes en droit International privé”, *RCADI*, vol. CLV, 1977, pp. 1-424, esp. p. 352; E. JAYME, “Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne”, *RCADI*, vol. CCLI, 1995, pp. 9-267, esp. p. 44; W. WENGLER, “L’évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable”, *RCDIP*, vol. LXXIX, n° 3, 1990, pp. 657-674.

²⁰² M. H. VAN HOOGSTATEN, “La codification par Traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye”, *RCADI*, vol. CXXII, 1967, pp. 337-435, esp. p. 349; SP. VRELLIS, “La justice ‘matérielle’ dans une codification du droit international privé”, *Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp. 541-562; A. FERRER CORREIA, “Les problèmes de codification en droit international privé”, *RCADI*, vol. CXLV, 1975, pp. 57-204, esp. pp. 71-72; B. NOLDE, “La codification du droit international privé”, *RCADI*, vol. LV, 1936, pp. 299-432, esp. pp. 420-421.

²⁰³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Derecho Internacional Vitoria-Gasteiz 2001*, Servicio de Publicaciones, Universidad del País Vasco, 2002, pp. 88-154, esp. pp. 98-99.

²⁰⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2004, p. 142.

²⁰⁵ De la misma opinión, F. VISCHER, “General Course on Private International Law”, *RCADI*, vol. CCXXXII, 1992, pp. 21-246, esp. pp. 66-69; G. KEGEL, “The Crisis of Conflict of Laws”, *RCADI*, vol. CXII, 1964, pp. 89-268, esp. pp. 167-168; E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *RCADI*, vol. CCLI, 1995, pp. 9-267, esp. p. 52; B. CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, Durham, 1963, pp. 183-184; T. S. KOGAN, “Towards a Jurisprudence of Choice of Law: The priority of Fairness over Comity”, *New York University Law Review*, 1987, pp. 651-714; L. BRILMAYER, *Conflict of Laws*, 2nd edition, Little Brown and Company, Boston, 1995, pp. 249-263.

y la seguridad jurídica respecto de la Ley aplicable al contrato internacional. El principio de proximidad en el DIPr. contractual dificulta al Derecho positivo el alcance de los objetivos que todo Derecho positivo debe realizar: certeza, previsibilidad y seguridad jurídica²⁰⁶. El autor (A. KASSIS) es muy claro en su conclusión: el estado actual del DIPr. contractual, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes, es un “*descubrimiento de carencias*” y de “*fracaso total para procurar certeza, previsibilidad y seguridad en las transacciones*”.

194. No obstante, la fijación de un punto de conexión *rígido* que determine incuestionablemente la Ley aplicable al contrato internacional, no garantiza que sea ésta la Ley del país con la que la situación jurídica presenta los lazos más estrechos²⁰⁷.

2º) Segunda cuestión: ¿Qué vinculación existe entre el principio de proximidad y la prueba del Derecho extranjero?

195. La determinación de la Ley aplicable al contrato internacional, de conformidad con el “principio de proximidad”, puede comportar en determinados supuestos, tales como la prueba del Derecho extranjero, un resultado negativo para las partes contratantes.

196. Por ejemplo, una empresa alemana y una empresa española celebran un contrato de compraventa por el que la empresa española adquiere una partida de piezas destinadas a la fabricación de coches. El contrato se celebra en Bruselas y se pacta la entrega de la partida de piezas en Madrid. En el momento de entrega de la mercancía, el encargado de la empresa española advierte defectos en numerosas piezas. La empresa española presenta demanda ante tribunal español. La empresa española considera que el contrato de compraventa internacional se rige por el Derecho alemán. Por tal razón, la empresa española, en la presentación de la demanda ante el tribunal español acompaña la prueba de contenido e interpretación del Derecho alemán. Sin embargo, el Juez español, considera que es otro el Derecho que debe ser aplicable al contrato por presentar una vinculación más estrecha con éste que con el Derecho alemán.

197. Las situaciones que pueden plantearse son, entre otras, las siguientes: la primera pone de relieve que el Derecho aplicable al contrato internacional es un

²⁰⁶ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 172 y 288. En este sentido, W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP*, vol. LXXIX, n° 3, 1990, pp. 661 y ss. Entiende que dejar a discrecionalidad del Juez la determinación del « *vínculo más estrecho* » respecto de una situación jurídica privada internacional comporta aún mayor incerteza que la búsqueda de un único punto de conexión.

²⁰⁷ En la misma línea P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. CXCVI, 1986 – I, pp. 33 y ss. « *Si aucune place ne lui (le principe de proximité) est faite par la règle de conflit en matière de contrat, la règle se sclérose. Elle se fossilise. C'est le triste spectacle que nous donnons les droits qui conservent en la matière des règles législatives à rattachements fixes* ». Desde otra perspectiva, H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 2-39, esp. p. 28 entiende que si la “*rigidez*” en la norma de conflicto no comporta siempre la aplicación de la Ley que presenta los vínculos más estrechos con el contrato, al menos coincide con una Ley previsible para las partes contratantes.

Derecho “extranjero” distinto del Derecho probado por la parte demandante. En el supuesto planteado, un Derecho “extranjero” distinto del Derecho alemán. El Juez español desestimará la demanda por falta de prueba del Derecho “extranjero” (art. 281 LEC²⁰⁸). La segunda situación pone de manifiesto que el Derecho aplicable al contrato internacional es el Derecho español. El Juez desestimará la demanda, puesto que, el Derecho español debió alegarse correctamente en la demanda con objeto de evitar la indefensión del demandado (art. 12.6 CC²⁰⁹). La consecuencia en ambas situaciones es la misma: la desestimación de la demanda²¹⁰ por parte del Juez competente.

198. La postura de L. F. CARRILLO POZO²¹¹ respecto de la situación planteada consiste en lo siguiente: “No es ése un problema de la norma de conflicto sino del sistema rituario”. Dicha afirmación precisa, entre otras, estas ideas: el sistema procesal no contempla un *antejuicio de Derecho Internacional Privado* que permita al Juez competente advertir a las partes contratantes de la internacionalidad de la situación jurídica y de la necesidad de resolver la cuestión controvertida por aplicación de un ordenamiento jurídico “extranjero” distinto del probado por la parte actora. Además, el legislador asume el “riesgo” que implica el “principio de proximidad” con objeto de incentivar la elección de Ley aplicable por las partes contratantes.

3º) Tercera cuestión: ¿El principio de proximidad “invalida” la norma de conflicto de leyes?

199. El principio de proximidad podría, en determinados supuestos, “inutilizar” la norma de conflicto de leyes, si bien, P. LAGARDE²¹² propone dos métodos dirigidos a evitar que el principio de proximidad pueda invalidar la norma de conflicto de leyes: el

²⁰⁸ Art. 281 LEC *Objeto y necesidad de la prueba*. “1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. 2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. 3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes. 4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”.

²⁰⁹ Art. 12.6 CC expresa “Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”.

²¹⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Aplicación del Derecho extranjero y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Tribunales de Justicia*, n.º 11, 2000, pp. 1155-1170, esp. p. 1158; ID., “Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, n.º 1, 2001, pp. 215-237, esp. p. 218 y ss.

²¹¹ L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 74, 2004, pp. 11-46, esp. pp. 16-18.

²¹² P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. CXCVI, 1986 – I, pp. 33 y ss. Considera que el segundo método « *pourront être conciliées la prévisibilité de la solution et la justice du résultat* ».

primero consiste en la elaboración de normas de conflicto de leyes que utilicen puntos de conexión predeterminados para con la situación jurídica privada de carácter internacional que se plantee. El segundo método estriba en “privilegiar” uno o varios puntos de conexión empleados por la norma de conflicto de leyes para que éstos conduzcan a la Ley aplicable a la situación jurídica privada internacional, si bien, dicho “privilegio” debe ir acompañado de una cláusula de excepción que permita al Juez un margen de maniobra en la precisión de la Ley aplicable a la situación jurídica privada de carácter internacional.

200. Ahora bien, dos supuestos pueden resultar destacables²¹³:

201. Primer supuesto: *el reemplazo de la norma de conflicto de leyes por el principio de proximidad*. La norma de conflicto de leyes quedaría reducida al enunciado siguiente: “El contrato se rige por el ordenamiento jurídico con el que presente los vínculos más estrechos”. Algún autor²¹⁴ considera que dicho enunciado permitiría alcanzar soluciones apropiadas en situaciones jurídicas puntuales aún cuando ni hay norma ni existe previsibilidad para las partes intervinientes en la situación jurídica. Ahora bien, dicho enunciado resultaría poco apropiado, puesto que, “principio” y “norma” no son conceptos equivalentes. El principio de proximidad debe inspirar la norma de conflicto de leyes.

202. La norma de conflicto de leyes encuentra su inspiración en el principio de proximidad. En consecuencia, si la norma de conflicto de leyes localiza la situación jurídica en un Estado “alejado” de la concreta cuestión controvertida, se acomete una corrección que permite aplicar la Ley del país que presente los vínculos más estrechos con dicha situación jurídica privada internacional. En sintonía con lo dispuesto, la función correctora del principio de proximidad puede consistir en lo siguiente²¹⁵: si el punto de conexión de la norma de conflicto de leyes conduce al país con la que la situación jurídica controvertida presenta los vínculos más estrechos, la función “correctora” de la norma de conflicto de leyes desaparece. La norma de conflicto de leyes elaborada “correctamente” no tiene nada que corregir. *A sensu contrario*, si la norma de conflicto de leyes se “cristaliza” en un punto de conexión abstracto, un punto de conexión alejado de la realidad, se activa la función “correctora” de la norma de conflicto de leyes.

203. Segundo supuesto: *la generalización del principio de proximidad puede implicar la supresión de las “categorías jurídicas”*. La calificación que recibiera una situación jurídica privada internacional podría resultar irrelevante si se generalizara el

²¹³ P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. CXCVI, 1986 – I, pp. 25-237.

²¹⁴ En palabras de A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 172 « *Il reste un principe, avec lequel on pourra sans doute obtenir des solutions ponctuelles appropriées, mais il n’y a plus de règle, ni de prévisibilité* ».

²¹⁵ P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. CXCVI, 1986 – I, pp. 25-237.

principio de proximidad. Ahora bien, la calificación jurídica, aún generalizado el principio de proximidad, no debe desaparecer. El principio de proximidad constituye una interpretación *lato sensu* de la calificación jurídica. En este sentido, la situación jurídica privada internacional debe subsumirse, en virtud de un análisis detallado de los elementos y circunstancias con los que presente los vínculos más estrechos, en un concepto jurídico empleado como supuesto de hecho por la norma de conflicto de leyes.

4º) Cuarta cuestión: ¿Coincide el concepto “vínculo más estrecho” con el punto de conexión “residencia habitual del prestador característico”?

204. Con carácter general, la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico se halla suficientemente conectada con el contrato internacional *por sus propios méritos y porque no será extraño que en ese Estado se haya concluido o se tenga que ejecutar el contrato* (L. F. CARRILLO POZO²¹⁶). La prestación característica sintoniza con la *función socio-económica* de un contrato (P. LAGARDE²¹⁷).

205. Ahora bien, a pesar de la generalidad, en la esfera de la contratación internacional, la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico no siempre se corresponde con el vínculo más estrecho. Por ejemplo, en la celebración de un contrato entre profesionales de la contratación internacional, ¿Quién es el prestador característico? Determinar la prestación característica respecto de ciertos contratos resulta muy complejo.

5º) Quinta cuestión: ¿Se halla presente el principio de proximidad en el supuesto de “dépeçage”²¹⁸?

206. Si una parte del contrato resulta separable del resto del contrato y presenta un vínculo más estrecho con otro país, a título excepcional, el Juez aplica a la parte separable del contrato la Ley del país con la que se halle más estrechamente vinculada. Ahora bien, el concepto “separable” debe entenderse en un sentido estricto con objeto de no vulnerar el principio de unidad del contrato²¹⁹.

²¹⁶ L. F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41, esp. p. 38; De la misma opinión, J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50, esp. p. 23 « *La prestation caractéristique, intimement liée à la nature du contrat et au type d’obligations assumées par les parties, sert donc de relais pour orienter vers la loi de la résidence ou de l’établissement de celui qui la doit* ».

²¹⁷ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340.

²¹⁸ El art. 3.1 *in fine* CR y el art. 3.1 *in fine* Reg. Roma I disponen: “Por esta elección [libre elección de Ley aplicable por los contratantes], las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

²¹⁹ J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50, esp. p. 23; P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340, esp. pp. 306-307 considera que el

207. Por ejemplo, la ejecución de una obligación contractual en un Estado “A” y la ejecución de otra obligación derivada del mismo contrato en un Estado “B” no comporta, siempre y en todo caso, obligaciones contractuales “separables”. La “separación” de una parte del contrato del resto exige una “solución independiente” de la que el Juez le otorga al resto del contrato.

208. Sin embargo, algún autor²²⁰ considera que el principio de proximidad y el “*dépeçage*” presentan una carencia de directrices para con la determinación de cuándo el Juez actúa “a título excepcional”. Además, en opinión de C. G. J. MORSE, resulta compleja la precisión de “parte separable” en un contrato y el conocimiento de las indicaciones que siguen los tribunales a la hora de determinar si una “parte separable” del contrato presenta una vinculación más próxima con la Ley de un país distinto de la Ley del país que rige la “parte principal” del contrato.

6º) Sexta cuestión: ¿Cuál es la incidencia del principio de proximidad en las normas de conflicto del siglo XXI?

209. Las normas de conflicto del siglo XXI luchan por liberarse del *mecanicismo normativista* a través de varias técnicas (A. L. CALVO CARAVACA²²¹):

210. Primera técnica: *función normativa del elemento extranjero*²²². La norma de conflicto del siglo XXI precisa la Ley aplicable teniendo en cuenta los *datos del caso concreto*. Surgen, así, las normas de conflicto con puntos de conexión *en cascada*, que distinguen varios casos según los *elementos extranjeros* que presentan, señalando la Ley aplicable separadamente a cada supuesto y destilando soluciones diferentes según los elementos extranjeros presentes en el caso. La Justicia se acerca a los caracteres del caso y el mecanicismo de la norma de conflicto resulta muy atenuado: atrás queda “*the Conflict-of-Laws Machine*”²²³. Por esta razón, las normas de DIPr. deben dirigirse, no sólo a solventar controversias sino también, a evitar litigios²²⁴.

211. Segunda técnica: *cláusula de excepción y cláusula de escape*. La *cláusula de excepción* establece que, en presencia de determinadas circunstancias, -que suelen ser

contrato constituye una unidad y que, con carácter general, el contrato presenta los vínculos más estrechos con un solo país.

²²⁰ C.G.J. MORSE, “The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations”, *European Yearbook of International Law*, vol. II, 1983, pp. 107-171, esp. pp. 125-126.

²²¹ A. L. CALVO CARAVACA, “La norma de conflicto del siglo XXI”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. II, UAM, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1335-1374.

²²² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Objeto del DIPr. y especialización normativa”, *ADC*, vol. XLVI, nº 3, 1993, pp. 1109-1151.

²²³ G. KEGEL, “The Conflict-of-Laws Machine”, *IPRax*, nº 5, 1996, pp. 309-315.

²²⁴ F. VISCHER, “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520.

excepcionales-, la Ley designada por la norma de conflicto, -que corresponde a un país poco conectado con la situación privada internacional-, no es de aplicación, si bien debe, por el contrario, aplicarse la Ley del país con el que el supuesto concreto resulte *más estrechamente vinculado*. Estos dos tipos de cláusulas rompen, de nuevo, el mecanicismo de la norma de conflicto, de modo que ésta hace Justicia teniendo muy presentes los datos del caso concreto.

212. Tercera técnica: *flexibilización de los puntos de conexión*. Las normas de conflicto actuales dan entrada, cada vez con más frecuencia, a puntos de conexión “flexibles” que exigen un “proceso de concreción”, -*ad ex*. la “vinculación más estrecha” de un supuesto con un país-. Por ello se ha hablado de un proceso de *flexibilización* o *suavización* de las normas de conflicto (O. KAHN-FREUND²²⁵). De nuevo, al precisar el Derecho aplicable, la norma de conflicto gana en realismo y pierde buena parte de su carácter mecánico, lo cual es un dato positivo.

7º) Séptima cuestión: ¿Limita el principio de proximidad la Ley elegida libremente por las partes contratantes?

213. En un primer momento, en el ámbito contractual, si la Ley elegida por las partes no establecía un “vínculo estrecho” con el contrato, el Juez aplicaría una Ley que no pudiera ser “descartada” por la voluntad de la parte. En consecuencia, la elección de la Ley aplicable al contrato por las partes intervinientes tenía por único objeto la localización del contrato respecto del orden jurídico con el que presentara los vínculos más estrechos.

214. En un momento ulterior, la función de la autonomía de la voluntad se centra en la protección del derecho de las partes a elegir la Ley aplicable al contrato, cualquier Ley, con independencia de que su elección comporte, o no, “el vínculo más estrecho”. Por esta razón, la libre elección de Ley por las partes contratantes puede encontrar dos límites²²⁶: el *orden público internacional* y la elección de una Ley “extranjera”, con el único objetivo de eludir la aplicación de las *normas imperativas* de un Estado al contrato internacional.

215. En resumen, el principio de proximidad y la autonomía de la voluntad necesitan el uno del otro. El principio de autonomía de la voluntad minora el riesgo de incertidumbre vinculado al principio de proximidad. Y el principio de proximidad, al

²²⁵ O. KAHN-FREUND, “La notion anglaise de proper law of the contract devant le juges et devant les arbitres”, *RCDIP*, vol. LXII, 1973, pp. 607-627; ID., “General Problems of Private International Law”, *RCADI*, vol. CXLIII, 1974, pp. 149-474.

²²⁶ P. M. NORTH, “Reform, (but not Revolution)”, *RCADI*, vol. CCXX, 1990-I, p. 184; G. PAU, “Le norme imperative nella Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXV, 1982, pp. 868-872; T. BALLARINO / G. P. ROMANO, “Le principe de proximité chez Paul Lagarde”, en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 37-54.

establecer el “vínculo más estrecho” con la situación jurídica internacional toma en consideración la voluntad, aún “hipotética”, de las partes²²⁷.

216. La fijación de la Ley más estrechamente vinculada respecto de una situación jurídica privada internacional se determina tomando en consideración la naturaleza jurídica de la institución y los demás datos concretos (personales, reales y fácticos) que la misma presente con los distintos Estados. Por esta razón, el principio de proximidad que inspira las normas de conflicto de leyes requiere de una “cláusula de excepción” en los supuestos en los que la norma de conflicto de leyes localice el contrato en un país cuya Ley aplicable comporte elevados costes conflictuales para las partes contratantes²²⁸. En este sentido, la “cláusula de excepción” posibilita descartar la aplicación de la norma de conflicto de leyes “costosa” para las partes a favor de la Ley más estrechamente vinculada con el contrato, una Ley que comporta mínimos costes conflictuales a los particulares implicados con independencia del contenido material del Derecho aplicado, del Derecho no aplicado o del resultado de la aplicación de uno u otro ordenamiento jurídico²²⁹.

217. En definitiva, el Juez competente para la resolución de la cuestión controvertida en materia contractual debe procurar una solución que concilie la previsibilidad y la Justicia en el resultado²³⁰.

B) DIPr. de contratos y Principio de eficiencia

218. La *eficiencia* constituye la capacidad que permite disponer de alguien o de algo con objeto de alcanzar un efecto determinado. Ahora bien, el término *eficiencia* puede proporcionar distintos significados en función del ámbito en el que el concepto se desarrolle:

219. a) *El principio de eficiencia desde el punto de vista del intercambio internacional.* La sociedad de un Estado actúa eficientemente en la medida en que utiliza y aprovecha sus recursos al máximo con objeto de satisfacer las necesidades de

²²⁷ P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. CXCVI, 1986, pp. 25-237.

²²⁸ F. RIGAU, “Colloque Fribourg relatif au projet suisse de loi fédérale sur le droit international privé”, *Études suisses de droit international*, vol. XIV, Ginebra, Georg, 1985, pp. 83-84; P. RODRÍGUEZ MATEOS, « Una perspectiva funcional del método de atribución », *REDI*, vol. XL, n° 1, 1988, pp. 79-126; S. C. SYMEONIDES, « Private international Law at the end of the 20th Century : Progress or regress », *XVth International Congress of Comparative Law*, Bristol, 1998, pp. 87-138.

²²⁹ F. VISCHER, “General Course on Private International Law”, *RCADI*, vol. CCXXXII, 1992, pp. 21-246, esp. p. 109; P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. CXCVI, 1986, pp. 25-237; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, « Objeto del DIPr. y especialización normativa », *ADC*, vol. XLVI, n° 3, 1993, pp. 1109-1151, esp. p. 1131.

²³⁰ P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. CXCVI, 1986, pp. 25-237.

los individuos que integran la misma²³¹. El concepto de *eficiencia* se afina en el denominado “*óptimo de Pareto*”²³². El *óptimo paretiano* tiene su fundamento en un criterio de utilidad: si la atribución de un bien o recurso comporta bienestar a un individuo sin perjudicar a otro, se produce un proceso de optimización hasta alcanzar el punto óptimo. En otras palabras, se denomina *óptimo de Pareto* al punto de equilibrio en el que ninguno de los particulares afectados puede mejorar su situación sin reducir el bienestar de cualquiera de los otros sujetos.

220. b) El principio de eficiencia desde la perspectiva económica. Las normas de seguridad del tráfico²³³ deben constituirse en consideración a dos criterios: la justificación *en término de costes* que se traduce en la minimización de los costes conflictuales para las partes contratantes y la justificación *en término de utilidad* que pone de relieve la maximización del valor de la utilidad. Por tal razón, y desde el punto de vista económico, las normas de seguridad del tráfico únicamente encuentran justificación en la medida en que el negocio jurídico internacional comporta costes de transacción a las partes contratantes que impiden el ejercicio de un intercambio *eficiente* entre ellas.

221. c) El principio de eficiencia desde la visión del DIPr. El principio de *eficiencia* en el DIPr. significa que el DIPr. debe utilizar reglas que presenten, entre otros, los caracteres siguientes²³⁴:

1º) *Reglas que le permitan crear un orden jurídico justo en las situaciones privadas internacionales.* El DIPr. introduce una idea de *orden* en las situaciones jurídicas privadas internacionales, concediendo una *seguridad jurídica internacional* que estima *justa* de conformidad con unos *valores determinados*. La idea de Justicia de las reglas de DIPr. en el siglo XXI parte de la afirmación siguiente (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ²³⁵): “*El DIPr. no sólo debe introducir un orden jurídico justo en las situaciones privadas internacionales, sino que además, las reglas de DIPr. deben ser social y económicamente eficientes*”. En sintonía con ello, el principio de proximidad evitará los conflictos entre los

²³¹ N. G. MANKIW, *Principios de Economía*, 3ª edición, Mc. Graw Hill, Madrid, 2004, p. 4; J. A. ALONSO (DIR.), *Diez lecciones sobre la economía mundial*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 33-37; P. R. KRUGMAN / M. OBSTFELD, *Economía internacional, teoría y política*, 4ª edición, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pp. 12-19; J. REQUEJO, *Economía Mundial (un análisis entre dos siglos)*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, pp. 10-18; P. A. SAMUELSON / W. D. NORDHAUS, *Economía*, 17ª edición, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, p. 4.

²³² D. WITTMAN, “General Structure of the Law” en B. BOUCKAERT AND G. DE GEEST *Encyclopedia of Law and Economics* (University of Ghent and University of Utrecht), 2000, pp. 1072-1094; F. MOCHÓN MORCILLO, *Economía, teoría y política*, Mc. Graw Hill, Madrid, 2005, p. 195.

²³³ C. PAZ-ARES, “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 175-176, enero-junio 1985, pp.7-40, esp. p. 19 y ss. define las reglas de seguridad del tráfico como aquéllas cuyo objeto consiste en reducir los costes de transacción que podrían dificultar intercambios eficientes.

²³⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho Internacional Privado*, LiberLibro.com, Albacete, 2002, p. 39.

²³⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho Internacional Privado*, LiberLibro.com, Albacete, 2002, p. 41.

contratantes y garantizará la vinculación de las partes contratantes a la celebración del acuerdo²³⁶.

2º) *Reglas que comporten mínimos “costes conflictuales” para las partes contratantes.* Un DIPr. que precise la Ley aplicable al contrato internacional con la que las partes contratantes contaron desde el momento de su participación en el tráfico internacional. En otras palabras, la *eficiencia* en el tráfico comercial consiste en “*la maximización de los beneficios totales y la minimización de los costes totales*” (C. PAZ-ARES²³⁷). El contrato internacional se regirá por una Ley estatal *eficiente* si ésta resulta previsible para las partes implicadas en dicho negocio internacional y les comporta mínimos “costes conflictuales”.

222. Por estas razones, el DIPr. debe ser *eficiente*²³⁸ y las *nuevas reglas* de DIPr. de la globalización deben inspirarse en el *principio de eficiencia*²³⁹. El legislador debe elaborar *nuevas reglas* de DIPr. dirigidas a promover la globalización a través de una reducción de los “costes conflictuales” para las partes contratantes. El *principio de eficiencia* de DIPr. parte de la idea siguiente²⁴⁰: las *nuevas reglas* de DIPr. posibilitan la incorporación de un orden jurídico *justo* en las situaciones jurídicas privadas internacionales que comportan una minoración del coste internacional que el DIPr. genera a los particulares implicados en dicha situación jurídica privada internacional.

223. En definitiva, la elaboración de un DIPr. *eficiente* requiere técnicas jurídicas que minoren los “costes conflictuales” a los operadores económicos que participan en el comercio internacional. En otras palabras, un DIPr. *eficiente* en materia de contratos reduce los “costes conflictuales” a las partes contratantes y potencia e incentiva el comercio internacional.

a) Estrategias de eficiencia legal dirigidas a crear un DIPr. eficiente

224. Las *estrategias de eficiencia legal* dirigidas a crear un DIPr. *eficiente* pueden sintetizarse en las siguientes²⁴¹: de un lado, *la potenciación del principio de previsibilidad*

²³⁶ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5295.

²³⁷ C. PAZ-ARES, “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 175-176, enero-junio 1985, pp.7-40.

²³⁸ H. MUIR WATT, “Aspects économiques du droit international privé”, *RCADI*, vol. CCCVII, 2004, pp. 29-383, esp. p. 161.

²³⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 22, 2004, pp. 17-58, esp. pp. 40-42.

²⁴⁰ E. A. O’ HARA, “From Politics to Efficiency in Choice of Law”, *University of Chicago Law Review*, nº 67, 2000, pp. 1151 y ss.

²⁴¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho Internacional Privado*, LiberLibro.com, Albacete, 2002, pp. 44 y ss.

jurídica. Los particulares preverán, de manera sencilla, mediante la asunción de bajos costes jurídicos, la determinación del tribunal estatal competente, la Ley estatal aplicable al contrato internacional y los requisitos exigidos para que la decisión judicial dictada por la autoridad de un Estado miembro produzca efectos jurídicos en los demás Estados miembros. De otro lado, *la elaboración de criterios intrínsecamente eficientes en DIPr*. El particular utilizará tales criterios con el objeto de individualizar “el mejor” tribunal estatal competente y “el idóneo” Derecho aplicable al concreto contrato internacional.

225. Los *criterios intrínsecamente eficientes en DIPr*. pueden concretarse en los siguientes²⁴²: 1º) *La autonomía de la voluntad en dos de los tres sectores que integran el DIPr.*, permite a las partes contratantes la elección del tribunal competente respecto del sector de la competencia judicial internacional y la precisión de la Ley aplicable en el ámbito del Derecho aplicable. En sintonía con ello, la autonomía de la voluntad constituye un criterio *doblemente eficiente*, puesto que, proporciona *previsibilidad* a las partes contratantes en la elección del tribunal competente y en la determinación de la Ley aplicable y, también, permite individualizar el *mejor juzgador* y el *mejor Derecho*. 2º) *La litigación ante los tribunales propios y la aplicación del propio Derecho*, minorará los costes judiciales a las partes contratantes que participan activamente en el comercio internacional. Si, por el contrario, los costes de litigación se imputaran a los operadores económicos que participan activamente en el tráfico internacional, éstos cesarían en el ejercicio de las relaciones jurídicas internacionales en función de los elevados costes que deben asumir. No obstante, el problema subsiste en tanto en cuanto ambas partes contratantes sean *protagonistas de globalización*. 3º) *El principio de unidad de Ley aplicable* al contrato internacional, determina una única Ley aplicable al contrato internacional con independencia del tribunal estatal que conozca del asunto. Por tal razón, resultan *ineficientes* las normas de DIPr. que conduzcan a la aplicación de varias Leyes estatales respecto de un mismo supuesto. 4º) *Estructuras de cooperación internacional de autoridades* que reduzcan el coste global en los supuestos internacionales²⁴³. Y 5º) *La reducción de cargas exigidas a las decisiones extranjeras* con el fin de intensificar la libre circulación de decisiones judiciales con objeto de producir efectos jurídicos en los Estados miembros distintos al Estado miembro en que se dictó.

226. En definitiva, un DIPr. *eficiente* permite a los operadores económicos, empresas y consumidores, que participan en el tráfico internacional obtener un gran beneficio a partir de la asunción de mínimos “costes conflictuales”, en el ejercicio de un intercambio internacional.

b) Puntos de conexión eficientes

227. El legislador de cada Estado miembro, o no miembro, dispone de una amplia libertad para elegir el punto de conexión de una norma de conflicto de leyes. Ahora bien, la elección de uno u otro punto de conexión persigue “una finalidad, un

²⁴² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 22, 2004, pp. 17-58, esp. pp. 55 y ss.

²⁴³ A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, vol. CCLXXXIII, 2000, pp. 9-186, esp. pp. 139-176.

interés material y un objetivo sustancial” determinado. Por tal razón, la fijación de los puntos de conexión depende de *numerosos factores* y no de uno solo²⁴⁴. En consecuencia, las mismas instituciones contemplan “puntos de conexión diferentes” en unos sistemas estatales de DIPr. y en otros. E incluso más, el legislador de un Estado miembro puede ordenar la aplicación de un Derecho “extranjero” si resulta beneficiosa para los particulares implicados en una situación jurídica privada internacional.

228. Por ejemplo, la aplicación a una situación jurídica privada internacional de la Ley del Estado “A” puede resultar más gravosa para las partes que la aplicación de la Ley del Estado “B”. No es lo mismo aplicar una concreta Ley estatal u otra²⁴⁵. En este sentido, en ciertos supuestos, la aplicación del Derecho nacional (*Lex fori*) produce resultados injustos e inadecuados. En consecuencia, el legislador opta por la aplicación del Derecho “extranjero” siempre que proteja, impulse y favorezca los derechos de los particulares: comporte mínimos “costes conflictuales” a las partes implicadas, potencie la circulación internacional de personas a coste reducido y la importación y exportación de resoluciones judiciales de Estado a Estado.

229. Los operadores económicos no participarán activamente en el tráfico internacional si las reglas de DIPr. en materia contractual devienen *ineficientes*. Una regla de DIPr. *ineficiente* entorpece el comercio internacional, puesto que, comporta elevados “costes conflictuales” a las partes contratantes. En palabras de W. LANDSDORFF²⁴⁶, la *ineficiencia* del Derecho “*nunca es justa*”.

230. Por esta razón, el “principio de proximidad” pone de manifiesto que la situación jurídica privada internacional debe quedar sujeta a la Ley del Estado cuya aplicación resulte más fácilmente previsible a los particulares implicados. Los particulares afectados conocerán *ex ante* las consecuencias legales de sus actuaciones y comportamientos. En consecuencia, “principio de proximidad” equivale a “principio de previsibilidad” de la Ley aplicable.

231. Las normas de conflicto deben emplear puntos de conexión que incentiven y protejan²⁴⁷: 1º) *Los intereses de los particulares*. Los sujetos que participan en relaciones jurídicas transnacionales rara vez son conscientes de la existencia de un conflicto de leyes. Por tal razón, sus intereses se cubren en la medida en que resulta

²⁴⁴ P. LAGARDE, “Les principes du droit international privé hier, aujourd’hui et demain”, en *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década. IV jornadas DIPr.*, CESSJ, Madrid, 1995, pp. 17-33.

²⁴⁵ G. P. ROMANO, “La bilatéralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, vol. XCV, nº 3, 2006, pp. 457-519, esp. pp. 489-490 considera que exigir al Estado “extranjero” el respeto de la proximidad contenida en la *Lex fori* comporta exigir a este Estado fundar la aplicación de su Ley en uno de los “contactos” que la *Lex fori* requiere para su aplicación.

²⁴⁶ W. LANDSDORFF, *Historia sencilla de ideas jurídicas*, Colex, Madrid, 2003, p. 198.

²⁴⁷ B. AUDIT, “Le caractere fonctionnel de la règle de conflit”, *RCADI*, vol. CLXXXVI, 1984-III, pp. 274-278; A.J.E. JAFFEY, “The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention”, *ICLQ*, vol. XXXIII, nº 3, 1984, pp. 531-560.

aplicable al contrato una Ley “no sorpresiva” sino previsible para las partes contratantes. La Ley que satisface tal exigencia es la Ley que presenta los vínculos más estrechos con los “*intérêts permanents*” de los particulares afectados. 2º) *Los intereses de los Estados*. La norma de conflicto de leyes debe tener presente los fines “públicos” perseguidos por el Estado y los límites establecidos para la administración del Derecho y su homogeneidad.

232. En definitiva, el legislador de cada Estado miembro, en busca de una norma de DIPr. *eficiente*, establece en la norma de conflicto de leyes el “punto de conexión” que estima idóneo para la resolución de la controversia. El vínculo utilizado como “punto de conexión” procura hacer aplicable la Ley del Estado que las partes estiman “Ley previsible de aplicación” al contrato internacional²⁴⁸.

C) La *localización eficiente* de un contrato internacional²⁴⁹

233. La determinación de la Ley del Estado que comporta los costes conflictuales más reducidos para los particulares implicados exige no sólo la concreción de la Ley estatal cuya aplicación al contrato genera costes conflictuales “totales” menores para las partes contratantes sino también la precisión de la Ley del Estado cuya aplicación al negocio jurídico origine costes conflictuales “globales” reducidos. En otras palabras, la *localización eficiente* del contrato exige la aplicación de una Ley estatal que reparta de modo equitativo los costes conflictuales, esto es, que comporte costes conflictuales “globales” reducidos para ambas partes contratantes. Y, una vez “descubierta” dicha Ley estatal, resulta necesario aplicar al contrato internacional aquélla que comporte costes conflictuales “totales” reducidos para ambos particulares implicados.

234. También resulta necesario considerar que, en materia contractual, lo dispuesto en el art. 10.5 CC²⁵⁰ colisiona con el principio de proximidad. No obstante y a pesar de lo establecido en el art. 10.5 CC, las partes contratantes pueden elegir cualquier

²⁴⁸ La doctrina ha considerado válida esa afirmación desde hace años. Entre otros, L. M. BENTIVOLGLIO, “Sulla natura dei criterio di collegamento utilizzati dalla norma di diritto internazionale privato”, *Comunizzazione e Studi*, vol. VIII, 1957, pp. 141-156; A. BUCHER, “Vers l’adoption de la méthode des intérêts? Réflexions à la lumière des codifications récentes”, *TCFDIP*, 1993/95, pp. 209-229; A. N. MAKAROV, “Réflexions sur l’interprétation des circonstances de rattachement Dans les règles de conflit faisant partie d’une convention internationale”, en *Mélanges offerts à J. Maury*, vol. I, Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 207-230; E. VITTA, “Il principio de nacionalità nel diritto internazionale privato italiano”, *RDIPP*, vol. XVII, 1981, pp. 345-363.

²⁴⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 83-114.

²⁵⁰ Art. 10.5 CC: “Se aplicará a las obligaciones contractuales la Ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la Ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la Ley del lugar de celebración del contrato. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la Ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la Ley del lugar en que éstos radiquen”.

Ley como aplicable al contrato con independencia de que la Ley elegida presente conexión, o no, con el intercambio en cuestión. E incluso más, la localización del contrato en virtud de una norma de conflicto de leyes *rígida* pone en peligro la realización de un intercambio internacional *eficiente* para ambas partes contratantes. El contrato internacional, por imperativo de una norma de conflicto de leyes *rígida*, se regula por la Ley de un Estado que puede resultar poco previsible para los particulares implicados y puede comportarles elevados costes conflictuales.

235. En consecuencia, en ausencia de elección de Ley por las partes contratantes, la Ley aplicable al contrato internacional deberá precisarse a partir de un proceso valorativo que permita detectar la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato en cuestión. En otras palabras, la Ley que comporte costes conflictuales más reducidos a ambas partes contratantes.

236. Para ello, el sistema de DIPr. establece, entre otros, los siguientes *criterios eficientes de precisión de la Ley aplicable*²⁵¹: a) *Autonomía de la voluntad conflictual*²⁵². Las partes contratantes eligen el Derecho aplicable al contrato internacional. La elección de Ley aplicable por los particulares proporciona un alto grado de seguridad jurídica internacional y escasos “costes conflictuales” a las partes contratantes. b) *Aplicación de “su Derecho”*. Los operadores económicos que participan en el comercio internacional prefieren la aplicación de “su Derecho” porque la Ley de su país les comporta mínimos “costes de información”²⁵³. Las normas de conflicto de leyes deben “localizar” la situación jurídica privada internacional en un país cuya Ley estatal comporte mínimos costes globales para el sujeto que participa activamente y con frecuencia en el tráfico internacional. Sólo así, el operador económico intervendrá en el comercio internacional con la intensidad y frecuencia esperada. c) *Principio de la Ley única*. Un contrato internacional se halla conectado con una pluralidad de países. La utilización de puntos de conexión “territoriales” conduce a la aplicación de varias Leyes y al soporte de elevados “costes conflictuales”²⁵⁴. Por tal razón, resulta necesario sustituir los puntos de conexión “territoriales” a favor de puntos de conexión “finalistas” que faciliten la aplicación de una sola Ley estatal.

²⁵¹ A. L. CALVO CARAVACA, “La Norma de Conflicto en el Siglo XXI” en *Pacis Artis. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, vol. II, UAM, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1335-1374.

²⁵² La importancia de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación internacional es estudiada, entre otros, Q. ALFONSÍN, “La teoría de la autonomía de la voluntad aplicada al régimen internacional de los contratos”, *Información jurídica*, n° 77, 1949, pp. 1381-1396; A. AUBREY, “Domaine de la loi d'autonomie en Droit international privé”, *JDI Clunet*, 1896, pp. 465-489; G. BALLADORE PALLIERI, “L'autonomia dei contraenti nel diritto internazionale privato”, *DI*, vol. XVIII, 1963, pp. 153-178; A. CURTI GIALDINO, “La volonté des parties en droit international privé”, *RCADI*, vol. CXXXVII, 1972, pp. 743-914; G. VAN HECKE, “Signification et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux”, *RDIDC*, 1955, pp. 81-98.

²⁵³ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *REDI*, vol. XLVII, n° 2, 1995, pp. 11-41.

²⁵⁴ E. JAYME, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *RCADI*, vol. CCLXXXII, 2000, p. 25.

237. Sin embargo, todos los contratos internacionales no pueden regirse por una misma norma de conflicto de leyes. Las particularidades que forman parte de cada contrato internacional crean, aún cuando el contrato pertenezca a una misma categoría jurídica, contratos distintos. Por esta razón, cada contrato requiere de “su” criterio empleado como punto de conexión por la norma de conflicto de leyes que conduzca a una solución conflictual *eficiente* para ambas partes contratantes. Si hubiera una sola norma de conflicto de leyes para todos los contratos internacionales el grado de seguridad jurídica sería muy elevado, si bien, la celebración del contrato internacional también podría generar costes conflictuales muy altos para los particulares implicados, lo que penalizaría el comercio internacional.

3. Autonomía de la voluntad, proximidad y *eficiencia*

A) Aspectos técnicos de la autonomía de la voluntad de la parte

a) Autonomía de la voluntad conflictual: concepto y evolución histórica

238. La “autonomía de la voluntad conflictual” es el derecho subjetivo del que disponen los particulares implicados en la celebración de un contrato internacional, que consiste en la facultad de elegir la Ley reguladora del contrato del que forman parte²⁵⁵.

239. El concepto “autonomía de la voluntad” ha sido objeto de diversas interpretaciones en atención al momento histórico en el que se ubique. CH. DUMOULIN²⁵⁶ es el primero en proponer una norma de conflicto de leyes que utiliza la autonomía de la voluntad conflictual como punto de conexión en el ámbito de los contratos internacionales. Por esta razón, es el “inventor” del principio de la “autonomía de la voluntad conflictual” en el campo de los contratos²⁵⁷. E incluso más, el autor considera que, en defecto de elección de Ley por los contratantes, deben emplearse *criterios flexibles*, -unas veces el lugar de celebración, otras veces el lugar del domicilio de las

²⁵⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 117; SAP Barcelona 3 marzo 2004, SAP Málaga 29 octubre 2002, SAP Madrid, Social 18 julio 2005, STSJ Galicia, Social, 20 octubre 2005, SAP Barcelona 29 noviembre 2006, STS 16 mayo 2008.

²⁵⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ expone en “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream of Commerce*”, en A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119 el pensamiento de CH. DUMOULIN: La Ley que debe regir el contrato en defecto de elección debe ser una *Ley previsible* para los contratantes. Es el *principio de previsibilidad*, el que se identifica fácilmente con el *principio de proximidad*: el contrato debe regirse por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos, que es la Ley que las partes esperan ver aplicada a su contrato. Para ello CH. DUMOULIN explica con sumo acierto el sentido de la regla *Lex Loci Celebrationis* mediante ejemplos y “escapa” de dicha regla cuando no es satisfactoria, esto es, cuando no cumple la regla siguiente: el *principio de previsibilidad* coincide con el *principio de proximidad*.

²⁵⁷ T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª edizione, Cedam, Padova, 1999, p. 22.

partes u otros criterios-, con objeto de que conduzcan a una “Ley previsible para los contratantes”.

240. El criterio “autonomía de la voluntad” fue sometido a las transformaciones económicas, políticas e ideológicas que tuvieron lugar en Europa desde finales del siglo XIX. Dos corrientes doctrinales pueden justificar el cambio en la “autonomía de la voluntad”²⁵⁸: la *doctrina “subjetivista pura”* y la *doctrina “objetivista radical”*. La *doctrina “subjetivista pura”* señaló a finales del siglo XIX, en auge el liberalismo económico, que la autonomía de la voluntad constituía una Ley en sí misma. Ello traía como consecuencia que las partes podían excluir de su elección aquella Ley que resultara perjudicial a sus intereses, con independencia de las normas imperativas del ordenamiento jurídico del que formaban parte los particulares implicados y, que podría resultar admisible un contrato sin Ley. El contrato presentaba fuerza obligatoria ante los tribunales en virtud de las disposiciones contenidas en el mismo, aún cuando no lo regulaba una Ley estatal. Además, la Ley elegida por las partes no ostentaba facultad para invalidar el contrato. Sin embargo, a mediados del siglo XX, la *doctrina “objetivista radical”*, consideró que la autonomía de la voluntad debía realizarse por los particulares implicados con respeto a los límites imperativos establecidos en la Ley. Los límites imperativos, según N. BOUZA VIDAL, pueden concretarse en los siguientes: si el contrato es “interno”, éste se rige por la Ley del Estado con la que se encuentra exclusivamente vinculado. Si el contrato es “internacional”, éste se regula por la Ley del país designada por el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes elaborada por el legislador y, en ausencia de determinación, el Juez tiene que precisar la Ley estatal aplicable al contrato de conformidad con lo establecido en las normas de conflicto de leyes del foro.

241. La entrada en vigor del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales²⁵⁹ supuso la ruptura con las corrientes doctrinales anteriores: el Convenio de Roma otorgaba primacía a la Ley de un Estado frente al criterio “autonomía de la voluntad” de las partes contratantes – *a sensu contrario* doctrina “*subjetivista pura*” – y permitía a los particulares implicados elegir la Ley aplicable al contrato – *a sensu contrario* doctrina “*objetivista radical*” –.

242. Con posterioridad, entra en vigor el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, el Reglamento “Roma I”²⁶⁰. El primer punto de conexión para determinar

²⁵⁸ N. BOUZA VIDAL, “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la Jurisdicción y de la Ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz 2004*, Secretaría de Publicaciones, Universidad del País Vasco, 2005, pp. 32-91.

²⁵⁹ Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 [80/934/CEE].

²⁶⁰ 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 177/6 de fecha 04.07.2008]. El art. 3.1 Reg. Roma I “El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”.

la *Lex Contractus* en el Reglamento “Roma I” se inspira en la regla de la “autonomía de la voluntad conflictual”.

b) Autonomía de la voluntad conflictual: requisitos para una válida elección de Ley por las partes contratantes

243. Para que la elección de la Ley aplicable al contrato por los particulares implicados resulte válida, debe cumplir con los requisitos siguientes²⁶¹:

244. Primer requisito: *claridad en la elección de Ley*. La elección de Ley aplicable al contrato debe ser clara, inequívoca y cierta. Ésta, se corresponde con una elección expresa y/o implícita de la Ley reguladora del contrato²⁶²: la elección de la Ley aplicable al contrato, manifestada de forma expresa, coincide con la elección de Ley que consta indubitadamente en el contrato internacional. Mientras que, la elección implícita de la Ley que rige contrato consiste en la elección de una Ley estatal sin que conste explícitamente la voluntad de las partes contratantes de someter su contrato a una Ley de un Estado específico. Sin embargo, en la modalidad de elección implícita de la Ley reguladora del contrato, el Juez debe quedar convencido del hecho de que las partes contratantes han elegido una concreta Ley como aplicable a su contrato. La elección implícita de la Ley del contrato debe resultar “...de manera inequívoca de los términos del contrato...” – la voluntad de las partes de aplicar una concreta Ley a su contrato puede extraerse del mismo contrato aún cuando no figure explícitamente en el mismo - “... o de las circunstancias del caso” – los actos o hechos que rodean la operación contractual revelan la voluntad de las partes contratantes en la determinación de la Ley aplicable al contrato –.

245. Segundo requisito: *elección de una Ley estatal*. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)²⁶³, presentada por la Comisión, introdujo la posibilidad para las partes de elegir una Ley no estatal. Ahora bien, esta Propuesta permitía a las partes contratantes elegir los *Principios Unidroit* o los *Principles of European Contract Law*, si bien les prohibía la elección de la *Lex Mercatoria* u otras

²⁶¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 636-650.

²⁶² Ni la elección de Ley “presunta”, esto es, que el contrato se rija por la Ley que las partes “habrían elegido” en caso de planteamiento de la cuestión de Ley aplicable al contrato; ni la elección de Ley “hipotética”, que determina que la Ley que regula el contrato corresponde a la Ley que habrían elegido unos “contratantes medios”, surten efecto jurídico alguno. S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento ‘Roma I’”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 541-568, esp. p. 546 destaca las distintas traducciones del concepto: “[la elección de Ley deberá] ser expresa o resultar de manera inequívoca [de los términos del contrato o de sus circunstancias]”. En las versiones alemana e inglesa es suficiente una “*hinreichende sicherheit*” y una “*clearly demonstrated*”. Mientras que, en las versiones francesa y española se exige una “*façon certaine*” y una “*manera segura*” en la determinación de la Ley elegida por las partes.

²⁶³ Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presentada por la Comisión [COM (2005) 650 final. Bruselas, de fecha 15.12.2005].

codificaciones privadas por considerarlas imprecisas²⁶⁴. La pregunta que se plantea es la siguiente, ¿Qué criterios utiliza la UE para determinar si la elección de una Ley no estatal por las partes contratantes constituye una válida elección de Ley aplicable? Finalmente y por esta cuestión, la posibilidad ofrecida a las partes implicadas de elegir una Ley no estatal como aplicable al contrato no es contemplada en el Reglamento “Roma I”, texto que constituye el marco legal vigente en la esfera de la contratación internacional²⁶⁵.

246. La supresión de la medida contenida en la Propuesta presentada por la Comisión, esto es, la elección de una Ley no estatal, se erige, entre otros, sobre los argumentos siguientes²⁶⁶: el primero consiste en que *proporciona un elevado grado de incerteza*, puesto que, la concreción del contenido de las normas no estatales y su “reconocimiento” a escala internacional resulta compleja y, además, el Juez se ve obligado a investigar el contenido de dicha normativa. El segundo argumento señala que la elección de una Ley no estatal, como Ley reguladora de un contrato internacional, *reviste poca utilidad práctica*, ya que, la elección de una Ley no estatal tiene lugar, con carácter casi exclusivo, en el ámbito del arbitraje internacional. Por estas razones, si las partes eligen una Ley “no estatal” como aplicable al contrato, la cláusula de elección de Ley se incorpora al contrato como “cláusula material de referencia”²⁶⁷.

247. La “incorporación por referencia” consiste en la adhesión al contrato de pactos, cláusulas o disposiciones concretas de normas jurídicas por voluntad de las partes que regulan aspectos concretos del contrato²⁶⁸. Los contratantes pueden incorporar “por referencia” al contrato²⁶⁹: las disposiciones de un Convenio internacional que no es aplicable al contrato y/o las disposiciones que pertenecen a condiciones generales de la contratación, también los usos, cláusulas y prácticas comerciales típicas de la contratación internacional que no formen parte de un Derecho

²⁶⁴ P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, vol. XCV, n° 2, 2006, pp. 331-349, esp. p. 336.

²⁶⁵ S. FRANCO, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 40-69, esp. p. 51; P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, vol. XLV, n° 6, 2008, pp. 1687-1725; H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 2-39; J.-P. BÉRAUDO, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? » en *Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 93 y ss.

²⁶⁶ 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*.

²⁶⁷ Cons. 13 Reg. Roma I: “El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional”. P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340, esp. p. 301 ; F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international Privé*, 3ª edition, Lacier, Bruxelles, 2005, p. 803.

²⁶⁸ J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, París, 1998, pp. 1-50.

²⁶⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 164-167.

estatal, las referencias generales realizadas por las partes a la *Lex Mercatoria* o a los Usos del comercio internacional, las normas concretas de un específico Derecho estatal y, las normas y reglas sin valor legal contenidas en compilaciones doctrinales elaboradas por expertos en contratación internacional.

248. La “incorporación por referencia” no constituye una elección de Ley por los particulares implicados. Las normas jurídicas “incorporadas por referencia al contrato” ostentan el valor de pacto privado *inter partes* que se aplican, exclusivamente, si la Ley reguladora del contrato lo permite.

249. Por estas razones, la elección de un Derecho no estatal es considerado por la mayor parte de la doctrina, como una *falsa elección de Ley*²⁷⁰. No obstante, algún autor²⁷¹ opina que la elección de la *Lex Mercatoria* como Ley aplicable al contrato debe estimarse válida en la medida en que se ajuste a unos parámetros de calidad, coherencia y seguridad jurídica similares a los que presenta el Derecho estatal. Si la *Lex Mercatoria* cumple tales requisitos, no puede justificarse el porqué de la no aplicación de un conjunto normativo no estatal.

250. En un sentido similar S. SÁNCHEZ LORENZO²⁷² plantea, a la hora de determinar la Ley elegida por las partes, el papel que juega la costumbre y los usos jurídicos en el Derecho nacional. En sintonía con ello, la referencia en un contrato internacional a la *Lex Mercatoria* como Ley aplicable al mismo resulta compatible en la medida en que se adecue a las normas imperativas de la Ley que rige el contrato, de la *Lex fori* o de la Ley de un tercer Estado. Por esta razón y en opinión del autor, si resulta aplicable el Derecho español, la referencia a la *Lex Mercatoria* debe respetar el sistema jurídico imperativo español de obligaciones. La ausencia de respeto al sistema jurídico imperativo español comporta que dicha referencia constituya un pacto *inter partes* contrario a la Ley (art. 1255 CC), o bien, un uso jurídico o costumbre contrario a la Ley.

251. Sin embargo, del Reglamento “Roma I” se desprende claramente que la Ley elegida debe ser la Ley vigente de un Estado²⁷³ existente²⁷⁴ en el momento de la

²⁷⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980”, en A. L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (DIRS), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 77-78.

²⁷¹ N. BOUZA VIDAL, “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la Jurisdicción y de la Ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz 2004*, Secretaría de Publicaciones, Universidad del País Vasco, 2005, pp. 32-91; N. BOSCHERO, “Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: Problemi generali” en P. PICONE *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2004, p. 357.

²⁷² S. SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación Jurídica Europea y el Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en J. M. GARCÍA COLLANTES (DIR.) *La Unificación Jurídica Europea: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 141-164, esp. pp. 150-151.

²⁷³ El art. 3.1 Reg. Roma I y el Cons. 11 Reg. Roma I emplean el término “Ley” con referencia al ordenamiento jurídico de un Estado y no a otros materiales normativos y pseudo-jurídicos que ni son ni se integran en un ordenamiento jurídico estatal. La elección por las partes contratantes de un “conjunto normativo no estatal” (“Usos del comercio internacional”, “Lex mercatoria”, “Principios Unidroit sobre

elección. La justificación de que la Ley elegida por las partes deba ajustarse a las condiciones indicadas puede concretarse, entre otras, en las razones siguientes²⁷⁵: el primer fundamento establece que sin la “Ley de un Estado” no existe “contrato” porque un contrato carente de Ley estatal que lo rija no ostenta fuerza vinculante ante los tribunales²⁷⁶. La segunda razón indica que sólo una Ley estatal constituye un sistema jurídico completo y de calidad, susceptible de integrar las lagunas del contrato y de proporcionar los criterios de interpretación de éste. En consecuencia, el incumplimiento de los requisitos exigidos comporta que la cláusula contractual de “elección de Ley” no surta efectos jurídicos y se tenga por no puesta.

252. La elección de la *Lex Contractus* debe coincidir con la Ley de un Estado. De este modo, la elección por las partes contratantes de la Ley de un Estado excluye los supuestos siguientes²⁷⁷:

1º) *El “contrato sin Ley” o “contrato autorregulado”*. La “autonomía de la voluntad conflictual” únicamente debe considerarse en “sentido positivo”, para la determinación del Derecho aplicable, y no, *a sensu contrario*, en “sentido negativo”, para la exclusión del Derecho regulador del contrato²⁷⁸.

2º) *El contrato sometido exclusivamente a “referencias jurídicas vagas”*. El contrato regulado por Principios Generales del Derecho comunes a los Estados civilizados así como otras referencias *pseudonormativas abstractas* constituyen simples “*quimeras del Derecho internacional de los negocios*”²⁷⁹.

3º) *El contrato sujeto al Derecho Internacional Público*. El Derecho Internacional Público regula situaciones jurídicas entre Estados y otros entes dotados de

contratos internacionales”, etc.) pueden pertenecer al contrato en calidad de “pactos interpartes” “incorporados por referencia” al contrato (Cons. 13 Reg. Roma I). F. MARRELLA, “Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento «Roma I», en P. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 28-40 considera que un pacto interpartes formará parte del contenido del contrato si la Ley del contrato así lo estima.

²⁷⁴ C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 233-235 consideran que la Ley elegida debe ser la Ley vigente de un Estado que existe *de facto* en el momento de la elección.

²⁷⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 135.

²⁷⁶ F. RIGAUX, “Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cahiers de droit européen*, vol. XXIV, 1988, pp. 306-321 considera que, en ese caso, las partes no podrán exigir el cumplimiento del contrato ante el Juez.

²⁷⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 135-143.

²⁷⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales” en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª edición revisada, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-208, esp. pp. 150-151; La elección positiva y negativa de la *Lex Contractus* la presenta F. MARRELLA, “Choice of law in third millennium arbitrations: the relevance of the UNIDROIT Principles of international commercial contracts”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. XXXVI, 2003, pp. 1137-1188.

²⁷⁹ S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento Roma I”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 541-568.

soberanía y no situaciones jurídicas entre sujetos privados. Por esta razón, el Derecho Internacional Público no contiene normas referidas a la celebración de contratos entre operadores económicos que participan en el tráfico internacional.

4º) *El contrato regulado exclusivamente por un Convenio internacional.* El contrato regulado solamente por un único Convenio internacional con exclusión de la Ley de cualquier Estado no constituye una elección válida de Ley aplicable. La incorporación de dicha cláusula al contrato resulta válida a título de pacto entre las partes.

5º) *El contrato provisto de “cláusulas de estabilización”* permite someter el contrato a la Ley de un Estado que estaba vigente en un determinado momento y que no está sujeta a cambios legislativos operados por el legislador, si bien, la incorporación de las “cláusulas de estabilización” al contrato comporta la “petrificación” de la Ley aplicable²⁸⁰.

6º) *El contrato sometido a Leyes no vigentes o a Estados inexistentes* no constituye una elección válida de Ley aplicable.

7º) *El contrato sujeto a la Ley de un Estado con inclusión de sus normas de conflicto.* La elección del Derecho aplicable debe entenderse realizada a favor de las normas materiales de la Ley elegida. Por tal razón, el art. 20 Reg. Roma I²⁸¹ excluye el reenvío y, si el contrato se somete a la Ley de un Estado con inclusión de sus normas de conflicto, puede producirse un reenvío si la Ley elegida remite a la Ley de otro país.

8º) *El contrato que contenga cláusulas de “exclusio juris”*²⁸² se consideran no válidas y se tienen por no puestas, ya que, éstas vulneran el precepto “la Ley aplicable en defecto de elección” (art. 4 Reg. Roma I), puesto que, el Juez debe aplicar una – la Ley elegida por las partes – u otra – la Ley aplicable en defecto de elección – Ley estatal.

9º) *El contrato sujeto global y cumulativamente a varias Leyes estatales.* La incorporación al contrato de una cláusula que permita la aplicación al contrato de dos Derechos estatales, sin especificar qué “partes del contrato” se rigen por un ordenamiento específico, no surte efectos jurídicos. La designación cumulativa de la Ley del contrato comporta incerteza e inseguridad jurídica a las partes contratantes. Por esta razón, el contrato debe regirse por una sola Ley estatal elegida por las partes.

10º) *El contrato dispone “cláusulas de elección de Ley sin sentido lógico”.* Las cláusulas de elección de Ley que no permiten identificar de forma clara e inequívoca la Ley aplicable al contrato se tienen por no puestas.

²⁸⁰ F. RIGAUX, “Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cahiers de droit européen*, vol. XXIV, 1988, pp. 306-321; P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340.

²⁸¹ Art. 20 Reg. Roma I “Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa”.

²⁸² La cláusula “exclusio juris” consiste en la exclusión de la aplicación al contrato de una Ley estatal sin elegir ninguna. En otras palabras, el contrato contiene una cláusula que dispone: “este contrato no se regirá por la Ley española”.

253. Tercer requisito: *validez del pacto*. La elección de Ley del contrato (*pactum de lege utenda*²⁸³) constituye un negocio distinto del contrato internacional cuya Ley reguladora designa²⁸⁴. En efecto, el contrato puede ser nulo aún cuando el pacto de elección de Ley aplicable resulte perfectamente válido y viceversa.

254. El negocio jurídico de “elección de Ley” debe constituir un pacto válido respecto de la capacidad, fondo y forma de dicho negocio²⁸⁵:

1º) *Condiciones de capacidad para elegir la Ley aplicable al contrato*. El Reglamento “Roma I” no regula la capacidad de las partes contratantes respecto de la conclusión del contrato ni tampoco de la conclusión del *pactum de lege utenda*. En consecuencia, estas cuestiones se rigen por la Ley designada por las normas de conflicto cuyos tribunales conocen del asunto. En España, las condiciones de capacidad para elegir la Ley aplicable se rigen por la Ley nacional de cada parte (art. 9.1 CC), si bien, el Reglamento “Roma I” utiliza la “doctrina del interés nacional” (art. 13 Reg. Roma I²⁸⁶) para regular la capacidad para elegir la Ley que rige el contrato.

2º) *Condiciones de existencia y validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la Ley aplicable*. Las cuestiones relativas a los vicios que afectan al consentimiento prestado por las partes contratantes en la elección de Ley, no se regulan en el Reglamento “Roma I”, sino que, se rigen por la Ley elegida por las partes en el mismo pacto cuya validez se discute.

3º) *Condiciones de fondo establecidas por el art. 3 Reg. Roma I*. La Ley reguladora del contrato debe ser elegida “por las partes” y no por un tercero o por el Juez. Las partes contratantes ocupan la posición perfecta para elegir, en relación con su contrato, la Ley del Estado cuya aplicación les comporta mínimos “costes conflictuales”.

4º) *Condiciones de forma del pacto de elección de Ley*. La forma de dicho pacto debe ajustarse a la Ley designada por el art. 10 Reg. Roma I²⁸⁷. Ahora bien, la referencia

²⁸³ D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Droit international privé*, Masson, París, 1987, pp. 593-595; A. CURTI GIALDINO, “La volonté des parties en droit international privé”, *RCADI*, vol. CXXXVII, 1972, pp. 743-914, esp. pp. 778-784; S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento ‘Roma I’”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 541-568, esp. p. 545.

²⁸⁴ J. FOYER, “Le contrat d’electio juris à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, en *Mélanges en l’honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, París, 1994, pp. 169-179; A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi des contrats en droit international privé*, Dalloz, París, 1972, pp. 34-39 y pp. 42-75; M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825.

²⁸⁵ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 647-649.

²⁸⁶ Art. 13 Reg. Roma I “En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte”.

²⁸⁷ Art. 10 Reg. Roma I *Consentimiento y validez material*: “1. La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos. 2. Sin embargo, para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia

al art. 10 Reg. Roma I carece de sentido, por dos razones²⁸⁸: la primera, es que no puede exigir requisitos formales “contrarios” a los indicados en el art. 3 Reg. Roma I. La segunda, es que resulta poco frecuente que las Leyes nacionales exijan requisitos de forma respecto de los pactos de elección de Ley.

255. Dos supuestos pueden plantear problemas respecto a la determinación de la validez o invalidez del pacto de elección de Ley:

256. Primer supuesto: *elección de Ley que anula el contrato*. El contrato es válido o nulo en función de si la Ley elegida por las partes para regularlo hace válido o considera inválido el contrato²⁸⁹. En los supuestos en los que la Ley elegida por las partes anula el contrato, se prevé la opción de interpretar la cláusula de elección de Ley como “mera incorporación por referencia” con objeto de evitar la nulidad del contrato. No obstante, la Ley elegida por las partes para regir el contrato determina la existencia y validez del mismo (art. 10 Reg. Roma I). Por tal razón, el Reglamento “Roma I” no somete la validez del pacto de elección de Ley del contrato a la condición de que la Ley designada por las partes para regir el mismo haga válido el contrato.

257. Segundo supuesto: *doble elección de Ley*. Consiste en la elección por las partes de dos Leyes aplicables al contrato a través del establecimiento de dos cláusulas diferentes de elección de Ley. ¿Cuál es la Ley que regula el contrato? Para resolver el planteamiento es necesario distinguir dos situaciones²⁹⁰: el primer caso, que la cláusula de elección de Ley que no cumpla con las exigencias del art. 3 Reg. Roma I, las relativas al consentimiento de las partes, así como las condiciones de forma establecidas por el art. 11 Reg. Roma I²⁹¹, se elimina y el contrato se rige por la otra Ley elegida por

habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado 1”.

²⁸⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “Art. 10.5 CC”, en M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART (DIRS.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1995, pp. 609-694; J. -M. JACQUET, “Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats”, *JDI Clunet*, nº 3, 1991, pp. 679-689.

²⁸⁹ J.-M. JACQUET, *Le contrat international*, Dalloz, París, 1992, pp. 55-59; ID., “Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats”, *JDI Clunet*, nº 3, 1991, pp. 679-689; ID., “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, París, 1998, pp. 1-50; CH. M. V. CLARKSON / J. HILL / A. J. E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª edición, Butterworths, London, 2002, pp. 238-240; P. MAYER / V. HEUZE, *Droit international privé*, 8ª edición, Montchrestien, París, 2004, pp. 514-515.

²⁹⁰ O. LANDO, “The Interpretation of Contracts in the Conflict of Laws”, *RebelsZ*, nº 38, 1974, pp. 388-395; A. KACZOROSWSKA, “Règles uniformes d’interprétation d’un contrat international”, *RDIDC*, vol. LXVIII, nº 3, 1991, pp. 294-313.

²⁹¹ Art. 11 Reg. Roma I *Validez formal*: “1. Un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado. 2. Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en distintos países, o por medio de representantes que estén en distintos países, en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento. 3. Un acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar será válido en cuanto a la forma si reúne las

los contratantes. La segunda situación, si ninguna de las cláusulas de elección de Ley cumple con las condiciones anteriores, o *a sensu contrario*, ambas elecciones de Ley cumplen las exigencias, las dos cláusulas de elección de Ley se descartan y el contrato se regula por la Ley aplicable al mismo en ausencia de elección por las partes contratantes (art. 4 Reg. Roma I).

c) Análisis del art. 3 Reglamento Roma I: libre elección de Ley aplicable al contrato por las partes y cláusula anti-fraude de Ley internacional

258. El Reglamento “Roma I” determina la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Ahora bien, lo hace “contrato por contrato”. Cada contrato tiene su propia Ley reguladora²⁹². En consecuencia, las obligaciones que nacen de un mismo contrato quedan sometidas a una misma Ley. La regla “contrato por contrato” en el ámbito de la Ley aplicable constituye una regla sencilla que subsana las dificultades que pueden plantearse en la determinación de la Ley aplicable a un “conjunto de contratos” o a una “operación contractual internacional”.

259. No obstante, las partes pueden elegir Leyes distintas como “aplicables” a diferentes partes de un mismo contrato. En otras palabras, el Reglamento “Roma I” también permite que el contrato se divida en “partes” con objeto de aplicar una Ley distinta a cada “parte” del contrato (*el dépeçage del contrato*, art. 3.1 *in fine* Reg. Roma I²⁹³). Algún autor (S. M. CARBONE²⁹⁴) considera que, en ocasiones, no se produce una “ruptura” de la unidad de la relación contractual, sino simplemente una regulación

condiciones formales de la ley que rija o regirá el fondo del contrato en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país en el que se realizó dicho acto, o de la ley del país en que la persona que lo realizó tuviera su residencia habitual en ese momento. 4. Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo no se aplicarán a los contratos que entren en el ámbito de aplicación del artículo 6. La forma de estos contratos se regirá por la ley del país en que tenga su residencia habitual el consumidor. 5. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 a 4, todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley: a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo.

²⁹² L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, « Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa », en F. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile a i contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi - Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 1-8.

²⁹³ Art. 3.1 *in fine* Reg. Roma I: “Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”. K. NEUMAYER, “Autonomie de la volonté et dispositions imperatives en droit international privé des obligations”, *RCDIP*, 1957, pp. 579-604 y 1958, pp. 53-78 considera “parte del contrato” a la sección del contrato que presenta autonomía jurídica y económica y es separable del resto del contrato; F. MARRELLA, “Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento «Roma I», en P. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi - Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 28-40, esp. p. 32 considera el *dépeçage* del contrato como una especie de “*caleidoscopio giurídico*”.

²⁹⁴ S. M. CARBONE, “L'autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni”, *DCSI*, 1982, pp. 15-38, esp. pp. 27-29. Es lo que el autor denomina “*dépeçage volontario in modo improprio*”.

diferente para las distintas relaciones contractuales que constituyen el negocio jurídico unitario. En sintonía con ello, el *dépeçage* del contrato constituye la lógica conclusión del principio clave del Reglamento “Roma I”: la “autonomía de la voluntad conflictual”²⁹⁵.

260. El *dépeçage* posibilita a los contratantes la búsqueda y selección de distintos Derechos estatales que resulten particularmente adecuados para sus concretos intereses²⁹⁶. El Reglamento “Roma I” posibilita a las partes contratantes la elección de la Ley aplicable a una parte del contrato internacional (*dépeçage parcial*²⁹⁷) y, también, la elección de distintas Leyes estatales aplicables a diferentes partes de un mismo contrato (*dépeçage completo*²⁹⁸). El resto del contrato se regirá por lo dispuesto en el art. 4 Reg. Roma I (“Ley aplicable en ausencia de elección de Ley”).

261. El *dépeçage* del contrato encuentra un límite en su “*praticabilité*”²⁹⁹. En efecto, el *dépeçage* del contrato debe ajustarse, entre otros, a los criterios siguientes³⁰⁰:

²⁹⁵ C.G.J. MORSE, “The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations”, *European Yearbook of International Law*, vol. II, 1983, pp. 107-171; J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50, esp. p. 13 « [El *dépeçage* del contrato se presenta] como una prolongación del principio de autonomía de la voluntad ».

²⁹⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 154.

²⁹⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional (fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 155-170; ID., “Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 18, 2000, pp. 7-40; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, París, 1993, pp. 285-327.

²⁹⁸ Aún cuando el *dépeçage completo* de un contrato, a diferencia del *dépeçage parcial* del mismo, no aparece recogido expresamente en el Reglamento “Roma I”, la mayor parte de la doctrina lo admite en sentido positivo, entre otros, R. DE NOVA, “Obbligazioni (Diritto internazionale privato)”, *EdD*, vol. XXIX, Milán, 1979, pp. 456-500; F. MARRELLA, “Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento «Roma I», en P. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 28-40, esp. p. 32; D. MCCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th edition, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 343; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8ª edition, Montchrestien, París, 2004, pp. 525-526; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, vol. II, Paris: Librairie général de droit et jurisprudence, 1983, pp. 257-354, esp. pp. 274-275; S.M. CARBONE, “Il ‘contratto senza legge’ e la convenzione di Roma del 1980”, *RDIPP*, vol. XIX, 1983, pp. 279-287; S. M. CARBONE, “L'autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni”, *DCSI*, 1982, pp. 15-38; B. AUDIT, *Droit international privé*, 4ª edition, Economica, París, 2006, p. 661. A *sensu contrario*, por entender que vulnera la literalidad del art. 3 Reg. Roma I M. EKELMANS, “Le *dépeçage* du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, en *Mélanges en l'honneur de Vander Elst*, Nemesis, Bruxelles, 1986, pp. 243-254.

²⁹⁹ J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50; M. EKELMANS, « Le *dépeçage* du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », en *Mélanges en l'honneur de Vander Elst*, Nemesis, Bruxelles, 1986, pp. 243-254.

³⁰⁰ E. CASTELLANOS RUIZ, *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, p. 94; F. RIGAUX, “Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations

1º) *Separabilidad*. Una parte del contrato se regula por un Derecho distinto siempre que no perjudique el correcto funcionamiento del entero contrato, que queda sujeto a otra Ley estatal diferente³⁰¹. 2º) *Coherencia*. La elección de la Ley aplicable no debe conducir a una “incoherencia del contrato” que se puede producir en los supuestos siguientes³⁰²: en el caso de que las partes implicadas en la celebración de un contrato internacional elijan Leyes inconciliables entre sí, puesto que, no puede aplicarse una Ley sin dejar de aplicar otra Ley, y viceversa³⁰³; y, también, en el supuesto de que los derechos y obligaciones de cada contratante se rijan por Leyes distintas³⁰⁴ y/o en la cuestión de sujeción a Leyes diferentes de los elementos necesarios para la existencia del contrato, ya que, éstos deben quedar sometidos a la misma Ley estatal, que es la Ley que otorga al acuerdo la cualidad del “contrato”. 3º) *Contrariedad a las Leyes de policía*. El *dépeçage* no impide, en ningún caso, la aplicación al contrato de las normas internacionalmente imperativas a las que se refiere el art. 9 Reg. Roma I³⁰⁵.

262. En suma, el art. 3.1 Reg. Roma I presenta, entre otros, los rasgos siguientes³⁰⁶: refleja de forma cierta el Derecho positivo de la mayoría de los países y, en particular, el de los Estados miembros. Además, no diferencia entre el contrato

contractuelles”, *Cahiers de droit européen*, vol. XXIV, 1988, pp. 306-321, esp. pp. 316-319; J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50, esp. pp. 12-13.

³⁰¹ P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8ª edition, Montchrestien, París, 2004, pp. 525-526; C.G.J. MORSE, “The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations”, *European Yearbook of International Law*, vol. II, 1983, pp. 107-171.

³⁰² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 153-159.

³⁰³ F. RIGAUX, “Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cahiers de droit européen*, vol. XXIV, 1988, pp. 306-321, esp. p. 317.

³⁰⁴ J.-M. JACQUET, “Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats”, *JDI Clunet*, nº 3, 1991, pp. 679-689; ID., “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50; ID., “L’incorporation de la loi dans le contrat”, *TCFDIP*, 1993/95, pp. 23-39; B. HANOTIAU, “La Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journal des Tribunaux*, 1982, pp. 749-762; E. VITTA, “La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l’ordinamento italiano”, *RDIPP*, vol. XVII, 1981, pp. 837-852; A. CURTI GIALDINO, “La volontà des parties en droit international privé”, *RCADI*, vol. CXXXVII, 1972, pp. 743-914, esp. pp. 880-887.

³⁰⁵ Art. 9 Reg. Roma I “*Leyes de policía*”: 1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento. 2. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro. 3. También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

³⁰⁶ H. GAUDEMET-TALLON, “Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE nº 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)”, *RTDE*, vol. XVII, 1981, pp. 215-285, esp. p. 242.

internacional y el contrato interno, si bien impide que “un contrato sin Ley” presente fuerza jurídica ante los tribunales. E incluso más, la Ley elegida por los particulares implicados no tiene que presentar, forzosamente, un vínculo con el contrato.

263. Las partes contratantes pueden elegir la Ley aplicable al contrato *en cualquier momento* (art. 3.2 Reg. Roma I³⁰⁷), incluso en el curso de un litigio ante los tribunales³⁰⁸. Ahora bien, diversas consideraciones deben realizarse³⁰⁹: el Derecho procesal de cada Estado miembro fija el momento procesal en el que se puede elegir la Ley reguladora del contrato durante el proceso judicial (art. 1.3 Reg. Roma I³¹⁰ y art. 3 LEC³¹¹). En el caso de que el Derecho procesal de un Estado miembro impida elegir la Ley aplicable al contrato durante el proceso judicial, las normas procesales de los Estados miembros que vulneren o contradigan lo establecido en el Reglamento “Roma I”, resultan inaplicables. En consecuencia, el Juez debe, mediante una decisión *ad hoc* y un desarrollo judicial del precepto, aplicar el art. 3.2 Reg. Roma I y permitir a las partes la elección de la Ley aplicable al contrato durante el proceso. Además, las partes contratantes pueden elegir como Ley aplicable a su contrato, la Ley de cualquier Estado sin que resulte forzosa la elección a favor de la Ley material del foro.

264. Las partes implicadas en la celebración de un contrato internacional pueden modificar la Ley aplicable al mismo. En particular, las partes contratantes disponen, entre otras, de la opción de modificar la elección de Ley hecha en un primer momento a favor de una Ley estatal distinta de la que eligieron para regular el contrato, y, también, ostentan facultad para cancelar la elección de Ley realizada y no elegir una nueva Ley

³⁰⁷ Art. 3.2 Reg. Roma I “Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento”.

³⁰⁸ F. RIGAUX, “Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cahiers de droit européen*, vol. XXIV, 1988, pp. 306-321; U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation – On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zwitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, n° 103, 2004, pp. 131-189, esp. p. 156.

³⁰⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 160-161.

³¹⁰ Art. 1.3 Reg. Roma I “*Ámbito de aplicación material*”: El presente Reglamento no se aplicará ni a la prueba ni al proceso, sin perjuicio del art. 18.

Art. 18 Reg. Roma I “*Carga de la prueba*”: 1. La ley que rija la obligación contractual en virtud del presente Reglamento se aplicará en la medida en que, en materia de obligaciones contractuales, contenga normas que establezcan presunciones legales o determinen la carga de la prueba. 2. Los contratos o los actos jurídicos podrán ser acreditados por cualquier medio de prueba admitido bien por la ley del foro, bien por cualquiera de las leyes contempladas en el artículo 11, conforme a la cual el acto o contrato sea válido en cuanto a la forma, siempre que tal medio de prueba pueda emplearse ante el tribunal que conozca del asunto.

³¹¹ Art. 3 LEC “*Ámbito territorial de las normas procesales civiles*”: Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se registrarán únicamente por las normas procesales españolas.

reguladora del contrato³¹². En ausencia de elección de Ley aplicable por las partes, el contrato se regirá por la Ley designada por el art. 4 Reg. Roma I pudiendo, incluso, elegir una Ley aplicable al contrato que antes se regía por la Ley designada por el art. 4 Reg. Roma I.

265. La modificación de la Ley elegida por las partes puede encontrarse con, entre otros, los límites³¹³ siguientes³¹⁴: la “nueva” Ley elegida para regular el contrato no puede “invalidar formalmente” el contrato si éste resultó válido en cuanto a la forma según la Ley que lo regía con anterioridad. La “nueva” Ley aplicable al contrato no perjudicará los derechos de terceros. Para ello, el contrato se regirá por la Ley “anterior” en la medida en que la Ley “nueva” perjudique los derechos que los terceros adquirieron con la Ley que regulaba el contrato con anterioridad. Con carácter general, la “nueva” Ley elegida por las partes se aplica retroactivamente al contrato³¹⁵ con la excepción de que la “nueva” Ley elegida por las partes inadmita la retroactividad³¹⁶.

266. Las partes contratantes pueden elegir la Ley del Estado que consideren más adecuada para la aplicación a su contrato internacional. En este sentido, el Cons. 11 Reg. Roma I hace referencia a “*la libertad de las partes de elegir la Ley aplicable*”. No se exige un “vínculo objetivo” con el contrato. En consecuencia, no cabe el fraude de Ley en materia de contratos internacionales³¹⁷.

267. La “*Cláusula anti-fraude de Ley internacional*” permite contemplar dos supuestos:

³¹² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 161-163.

³¹³ Art. 3.2 *in fine* Reg. Roma I: “Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros”.

³¹⁴ P. M. NORTH, “The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations”, *Journal of Business Law*, nº 5, septiembre 1980, pp. 382-388.

³¹⁵ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340; H. GAUDEMET-TALLON, “Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE nº 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)”, *RTDE*, vol. XVII, 1981, pp. 215-285.

³¹⁶ J. FOYER, “L’avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles”, *JDI Clunet*, vol. CIII, 1976, pp. 555-652.

³¹⁷ E. CASTELLANOS RUIZ, *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 54 y 55 cita las sentencias siguientes como ejemplo de ausencia de fraude de Ley en el ámbito de los contratos internacionales: SAP Barcelona 3 marzo 2004 (*JUR* 2004/119202), SAP Málaga 29 octubre 2002 (*JUR* 2003/139815), SAP Madrid Social 18 julio 2005 (*AS* 2005/2905), STSJ Galicia Social 20 octubre 2005 (*AS* 2006/219), SAP Barcelona 29 noviembre 2006 (*AC* 2007/497), STS 31 octubre 2007 (*RJ* 2007/6815); B. AUDIT, *Droit international privé*, 4ª edition, Economica, París, 2006, pp. 656-657.

268. Primer supuesto: *elección de un Derecho extranjero*. Si los contratantes eligen, como Ley aplicable a un contrato, una Ley extranjera, y la totalidad de “elementos” objetivos de la situación está localizada, en el momento de la elección, en un país distinto de aquél cuya Ley se elige, dicha elección de Ley efectuada por las partes no impide la aplicación de las disposiciones imperativas de la Ley de ese otro país con el que el contrato está total y objetivamente conectado (art. 3.3 Reg. Roma I³¹⁸).

269. En consecuencia, el Reglamento “Roma I” distingue, en esta cuestión, *tres niveles*³¹⁹: 1º) Si un contrato contiene “elementos” objetivamente localizados en países distintos, las partes pueden elegir la Ley aplicable al mismo porque se trata de un contrato “internacional” y la situación implica un “conflicto de Leyes” (art. 3.3 Reg. Roma I *a contrario sensu*). 2º) Si la totalidad de elementos objetivos del contrato están localizados en el mismo país, pero las partes eligen como Ley reguladora del mismo, un Derecho extranjero, el Reglamento “Roma I” es aplicable porque un “elemento” extranjero ya existe, que es la misma elección de Ley (art. 3.3 Reg. Roma I). 3º) Si la totalidad de elementos objetivos del contrato están localizados en el mismo país y no se realiza una elección de Ley a favor de ningún Derecho extranjero, la situación no implica ningún “conflicto de Leyes”, el contrato no es “internacional” y el Reglamento “Roma I” no es aplicable, aunque el contrato pueda repercutir en otros países, o produzca efectos en el comercio internacional (art. 3.3 Reg. Roma I *a contrario sensu*).

270. En resumen, la elección por las partes de una Ley extranjera no impide la aplicación de las disposiciones de la Ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo. Por esta razón, la “Ley del contrato” coincide con la Ley elegida por las partes, si bien los efectos de la elección de la Ley aplicable al contrato, son limitados. Se aplican al contrato, necesariamente, las “disposiciones imperativas” (“Leyes de policía” recogidas en el Cons. 37 Reg. Roma I³²⁰ y en el art. 9 Reg. Roma I) que formen parte del Derecho del país con el que el contrato se halla objetivamente vinculado³²¹.

³¹⁸ Art. 3.3 Reg. Roma I “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

³¹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 109-112.

³²⁰ Cons. 37 Reg. Roma I: “Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. El concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva”.

³²¹ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340.

271. Por estas razones, el art. 3.3 Reg. Roma I está diseñado para evitar las situaciones de “fraude de Ley internacional”³²². Si el contrato se halla objetivamente vinculado con un solo Estado, el art. 3.3 Reg. Roma I trata de evitar que las partes vinculen “artificialmente”, a través de una conexión aparente y no real, el contrato con un país distinto de aquél con el que presenta la conexión más estrecha y surte sus efectos sustanciales³²³. El art. 3.3 Reg. Roma I, si bien permite la elección de la Ley de cualquier país, salvaguarda la aplicación de las disposiciones imperativas de la Ley del Estado con el que el contrato está objetivamente vinculado.

272. Segundo supuesto: *elección de un Derecho de un tercer Estado*. La elección por las partes de la Ley de un tercer Estado es válida y dicha Ley regula el contrato (art. 3.4 Reg. Roma I³²⁴). Ahora bien, la Ley del tercer Estado no puede impedir la aplicación de las “disposiciones del Derecho de la UE” imperativas y que resulten aplicables al contrato, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro (Cons. 15 Reg. Roma I³²⁵).

273. En sintonía con ello, el art. 3.4 Reg. Roma I cubre dos hipótesis³²⁶: 1º) *Contrato vinculado objetivamente con la UE y afectado por disposiciones imperativas contenidas en Reglamentos de la UE*. El Reglamento de la UE es único en todos los Estados miembros. Por esta razón, los preceptos del mismo “que no puedan excluirse mediante acuerdo”, resultan aplicables al contrato. Y 2º) *Contrato vinculado objetivamente con la UE y afectado por disposiciones imperativas contenidas en Directivas de la UE*. La Directiva de la UE puede ser desarrollada de manera distinta en cada Estado miembro. En consecuencia, se aplican al contrato las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo contenidas en la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto y que desarrollan, en tal Estado miembro, los preceptos de la Directiva de la UE.

³²² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en un Reglamento comunitario, [COM (2005) 650 final de fecha 15 diciembre 2005].

³²³ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit international privé*, 8ª edición, Montchrestien, París, 2004, p. 518.

³²⁴ Art. 3.4 Reg. Roma I “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”

³²⁵ Cons. 15 Reg. Roma I: “Cuando, en el momento de elegir la ley, todos los demás elementos relevantes de la situación se encuentren localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de la ley no debe impedir la aplicación de las disposiciones de la ley de ese país que no puedan excluirse mediante acuerdo. Esta norma debe aplicarse independientemente de que la elección de la ley vaya acompañada de la elección de un órgano jurisdiccional. Si bien no se pretende realizar cambios sustanciales con respecto al artículo 3, apartado 3, del Convenio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Convenio de Roma»), la formulación del presente Reglamento se ajusta en la medida de lo posible al artículo 14 del Reglamento (CE) no 864/2007”.

³²⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 149-153.

274. En suma, el art. 3.4 Reg. Roma I constituye un mecanismo de “*lucha contra el fraude de Ley al Derecho de la UE*”³²⁷. El art. 3.4 Reg. Roma I impide que las partes creen una conexión artificial, aparente y no real, con un tercer Estado y eviten la aplicación del Derecho de la UE a una situación enteramente vinculada con la UE. En consecuencia, si el contrato se halla objetivamente y exclusivamente vinculado con la UE, el Derecho de la UE debe ser aplicable. El contrato celebrado entre sujetos establecidos en la UE debe considerarse como un contrato interno “a los ojos” del Derecho material de la UE³²⁸. No obstante, respecto de todo lo no regulado por normas imperativas de Derecho de la UE, la elección por las partes de una Ley de un tercer Estado será efectiva.

d) Autonomía de la voluntad conflictual y unificación del Derecho de los contratos

275. ¿Resultaría necesario el criterio “autonomía de la voluntad conflictual” si existiera un Derecho de los contratos uniforme? S. M. CARBONE³²⁹ estima que la autonomía de la voluntad no “juega” en el ámbito contractual en el caso de que “*la disciplina di diritto uniforme*” determine su ámbito de aplicación y excluya cualquier referencia a la autonomía privada y a la norma de conflicto de leyes que emplee la “elección de Ley” por la parte como punto de conexión. Y, además, considera que la autonomía de la voluntad interviene en la determinación del ámbito y la precisión de los límites en la aplicación del “*diritto uniforme*”.

276. En el ámbito contractual, la precisión de la Ley aplicable constituye una “*técnica conflictual costosa, poco segura y excesivamente compleja en su aplicación*” (N. BOUZA VIDAL³³⁰). Por esta razón y con objeto de facilitar la determinación de la Ley aplicable al contrato, la autora propone la unificación del Derecho de los contratos a través de la adopción, por parte de los Estados, de Convenios internacionales y/o de actos de instituciones internacionales a las que los Estados otorguen competencias en el ámbito contractual, o bien, mediante la creación, por parte de los operadores

³²⁷ P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, vol. XCV, n° 2, 2006, pp. 331-349, esp. pp. 337. *Vid.* igualmente, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en un Reglamento comunitario, [COM (2005) 650 final de fecha 15 diciembre 2005].

³²⁸ P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *RCDIP*, vol. XCVII, n° 4, 2008, pp. 727-780, esp. p. 737; J.-M. JACQUET, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », en G. BUINO (DIR.) *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, 2008, pp. 727 y ss.

³²⁹ S. M. CARBONE, “L'autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni”, *DCSI*, 1982, pp. 15-38, esp. pp. 30-31.

³³⁰ N. BOUZA VIDAL, “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la Jurisdicción y de la Ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz 2004*, Secretaría de Publicaciones, Universidad del País Vasco, 2005, pp. 32-91.

económicos que participan en el comercio internacional, de una normativa uniforme desarrollada al amparo de *Lex Mercatoria* y del arbitraje.

277. La elección de la Ley aplicable al contrato por los particulares implicados comporta³³¹, con carácter general, en la práctica: continuidad en la decisión adoptada por los particulares implicados, evitación de la aplicación de una Ley que beneficie solamente a una parte contratante (aplicación de “su” Ley estatal), certeza y previsibilidad en la determinación de la Ley aplicable, puesto que, los particulares implicados conocerán *ex ante* la Ley que regulará el contrato en caso de controversia y ausencia de retraso en la celebración del litigio y reducción de los costes conflictuales para las partes contratantes.

278. Por estas razones, si bien el principio de autonomía interviene para algunos autores como “intruso” en el sistema de las normas de conflicto de leyes³³², la norma de conflicto de leyes³³³ “localiza” la relación jurídica en un país determinado cuyo Derecho proporciona la “solución material” concreta a la situación privada internacional. El principio de autonomía permite a las partes elegir la Ley aplicable al contrato internacional.

279. Algunos autores³³⁴ consideran, que la “*loi d'autonomie*” no constituye una “*règle de conflit de lois*”. Los argumentos que justifican dicha afirmación pueden concretarse, entre otros, en los siguientes: el “elemento” que conduce a la designación de la Ley aplicable al contrato es la voluntad de las partes, cuyo objeto directo consiste en la elección de Ley, constituye un “acto jurídico” y no un “acto material de localización”. Además, la voluntad de las partes, a diferencia de la norma de conflicto de leyes, no se erige respecto de un vínculo objetivo. Por esta razón, si el principio de autonomía se constituye como norma de Derecho positivo, resulta innecesaria e indiferente la búsqueda de su justificación: una regla de Derecho positivo encuentra, en ella misma, su justificación³³⁵.

280. Otro sector doctrinal³³⁶ considera que las normas de conflicto cuyo punto de conexión es la *autonomía de la voluntad* constituyen *normas de conflicto materialmente*

³³¹ P. M. NORTH, “Contract (Reform, but not Revolution)”, *RCADI*, vol. CCXX, 1990-I, pp. 152-205, esp. p. 153.

³³² A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 189 y ss.

³³³ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 288.

³³⁴ F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, vol. XVI, Dalloz, Paris, 1973; A *sensu contrario*, P. MAYER, « Le mythe de l'ordre juridique de base » en *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, Litec, Paris, 1982 «...la combinación de la règle qui autorise l'electio juris et du choix effectif du droit applicable par les parties est une combinaison qui, par sa structure, son objet et sa fonction, est une véritable règle de conflit ».

³³⁵ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 189 y ss.

³³⁶ G. PAU, "Diritto internazionale privato *de jure condendo*", *RDI*, vol. LXXI, 1988, pp. 285-302; F. POCAR, "La protection de la partie faible en droit international privé", *RCADI*, vol. CLXXXVIII, 1984, pp. 339-417; A. BÜCHER, "Sur les règles de rattachement a caractere substantial", *Liber amicorum A.F.Schnitzer*, Georg,

orientadas. Estas normas de conflicto tienen en cuenta el *contenido material* de los potenciales Derechos estatales aplicables: se *comparan* tales contenidos y se hace aplicable el Derecho estatal que mejor realice un determinado valor material. Los particulares pueden “comparar” los posibles Derechos aplicables, eligiendo aquél cuyo *contenido material* les resulta más adecuado a sus intereses.

e) Ventajas e inconvenientes que suscita el criterio “autonomía de la voluntad” en el intercambio internacional

281. El criterio, “autonomía de la voluntad conflictual” presenta, entre otras, las ventajas siguientes:

1º) *Proporciona una “previsibilidad máxima” de la Ley aplicable.* La elección de Ley de la situación jurídica privada internacional por las partes fija de modo estable y previo el Derecho estatal regulador de dicha situación jurídica. En consecuencia, se evitan ulteriores controversias respecto a la determinación de la Ley aplicable al contrato³³⁷.

Ginebra, 1979, pp. 37-55 ; P. B. CARTER, "Choice of Law: Methodology or Mythology", en *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing und Lichtenhahn, Basilea, 1993, pp. 11-19; P. GRAULICH, "La signification actuelle de la regle de conflit", en *Mélanges en l'honneur de P. Weil*, Dalloz, París, 1983, pp. 295-302; P. HAY, "Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law", *RCADI*, vol. CCXXVI, 1991, pp. 281-412; M. JORGE, "Rattachements alternatifs et principe de proximité: Les apports récents du droit international privé portugais", *Droit international et droit communautaire, (Actes du colloque, París, 5-6 abril 1990)*, París, 1991, pp. 213-226; F.K. JUENGER, "General Course on Private International Law", *RCADI*, vol. CXCIII, 1985, pp. 119-387; P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *RCADI*, vol. CXCVI, 1986, pp. 9-238; Y. LOUSSOUARN, "La regle de conflit est-elle neutre?", *TCFDIP*, París, 1981, pp. 43-60; ID., "L'evolution de la regle de conflit de lois", *TCFDIP*, París, 1988, pp. 79-104; R. DE NOVA, "Rilevanza del contenuto delle norme in conflitto nella determinazione tradizionale della legge applicabile", *RDIPP*, vol. XIV, 1978, pp. 241-250; F. SCHWIND, "Aspects et sens du droit international privé", *RCADI*, vol. CLXXXVII, 1984, pp. 1-144; G. SHREVE, "Interest Analysis as Constitutional Law", *Ohio State Law Journal*, vol. XLVIII, 1987, pp. 51-166; E. SPIRO, "Kinds of Conflict Rules", *The South African Law Journal*, vol. XCVI, 1979, pp. 598-606; G.M. UBERTAZZI, "Regles de non-discrimination et droit international privé", *RCADI*, vol. CLVII, 1977, pp. 333-414; R. VANDER ELST, "Le rattachement accessoire en droit international privé", en *Studi in memoria di M. Giuliano*, Cedam, Padova, 1989, pp. 963-973; E. VITTA, "Cours Général de droit international privé", *RCADI*, vol. CLXII, 1979, pp. 21-243.

A sensu contrario, N. BOUZA VIDAL, "Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la Jurisdicción y de la Ley aplicable a los contratos internacionales", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz 2004*, Secretaría de Publicaciones, Universidad del País Vasco, 2005, pp. 32-91 "...mientras las normas de conflicto materialmente orientadas conservan todavía una función de localización de la ley aplicable, en la autonomía de la voluntad esta dimensión espacial es absorbida por el objetivo material de satisfacer el interés de los contratantes".

³³⁷ O. KAHN-FREUND, "La notion anglaise de la *proper law of the contract* devant les juges et devant les arbitres. Ses développements récents et des affinités avec l'avant-projet européen d'unification des regles de conflit en la matiere", *RCDIP*, vol. LXII, 1973, pp. 607-617; W. WENGLER, "Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat", *RCDIP*, vol. LXXI, 1982, pp. 467-501; ID., "Choice of Law and Forum in Contracts, Germany and other European Countries", *Proceeding of The Sixth International Symposium on Comparative Law*, Ontario : University of Ottawa Press, 1969, pp. 189-202; M. VIRGOS SORIANO, "El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", en E. GARCIA DE ENTERRIA, J.D. GONZALEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825.

2º) *Es un criterio intrínsecamente eficiente.* Los particulares perjudicados pueden adaptar sus comportamientos a dicha Ley.

3º) *Realiza los intereses materiales de las partes.* Las partes contratantes implicadas eligen la Ley del Estado cuyo contenido material es más favorable a sus intereses³³⁸.

En sintonía con ello, las ventajas de la autonomía de la voluntad conflictual “*son propicias para un desarrollo del comercio internacional, que es, en sí, algo bueno*” (P. MAYER / V. HEUZÉ³³⁹).

282. En particular, el criterio “autonomía de la voluntad conflictual” permite, entre otras, la realización de las opciones siguientes³⁴⁰: 1º) “*Standarización*” de los aspectos de Ley aplicable de todos los contratos de una empresa. La empresa, con objeto de minorar costes de transacción en la redacción de sus contratos, somete la celebración de todo contrato internacional a un mismo Derecho. 2º) *Elección de un “Derecho neutral” para las partes contratantes.* La aplicación al contrato internacional de un “Derecho neutral” seleccionado por los contratantes incentiva la celebración de intercambios internacionales y evita “suspicias nacionalistas” de las partes. 3º) *Elección de la Ley del Estado cuyo contenido resulte satisfactorio para las mismas y/o para su negocio jurídico.* 4º) *Elección de una Ley estatal previsible para las partes contratantes.* Las partes contratantes seleccionan una Ley estatal cuyo contenido conocen y con arreglo a la cual están habituados a comportarse jurídicamente.

283. En consideración a las ventajas enumeradas, el punto de conexión “autonomía de la voluntad conflictual” se corresponde con un criterio “no ciego” a los resultados materiales³⁴¹. Las partes contratantes eligen el Derecho cuyo contenido sustancial les conviene, puesto que, les comporta mínimos “costes conflictuales”. La libre elección de Ley aplicable al contrato internacional proporciona “libre competencia entre las leyes estatales” que potencia los intereses de las partes al ampliar la opción de seleccionar el producto jurídico mejor para sus intereses³⁴².

³³⁸ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit international privé*, 8ª edición, Montchrestien, París, 2004, pp. 514-539; J.-M. JACQUET, « L’incorporation de la loi dans le contrat », *Travaux du Comité français de Droit International Privé*, 1993-1995, pp. 23-39; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, vol. I Partie générale, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, p. 534 ; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois) », *RCADI*, vol. CLXXXVI, 1984, pp. 219-398, esp. p. 291.

³³⁹ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit international privé*, 8ª edición, Montchrestien, París, 2004, pp. 514-539, esp. p. 514.

³⁴⁰ D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE, *Droit international privé*, París, Masson, 1987, pp. 592-594; M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales” en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª edición, revisada, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-208.

³⁴¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 635.

³⁴² M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825; ID, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación

284. Ahora bien, el punto de conexión “autonomía de la voluntad conflictual” también ha sido objeto de críticas³⁴³:

1º) Primera crítica: *la fuente de una obligación no puede encontrarse en la voluntad de los contratantes sino en la Ley*. Esta apreciación es fácilmente superable³⁴⁴, puesto que, la facultad de elegir la Ley aplicable a una situación jurídica privada internacional deriva de la norma de conflicto que permite a las partes, en cumplimiento de los límites establecidos, elegir la Ley reguladora de dicha situación jurídica.

2º) Segunda crítica: *la voluntad de las partes deroga las disposiciones imperativas de ciertas Leyes estatales, lo que no puede admitirse, pues tales disposiciones imperativas no admiten derogación por los contratantes*. La diferenciación de dos tipos de normas imperativas³⁴⁵ “desarma” esta afirmación. Por una parte, las *normas simplemente imperativas* se aplican únicamente si la Ley de ese país rige el contrato, bien porque se trata de contratos “internos”, o bien porque el contrato se regula por dicha Ley estatal. Por otra parte, las *normas internacionalmente imperativas* se aplican al contrato con independencia de la Ley elegida por las partes contratantes, en la medida en que sea necesaria su aplicación para la salvaguarda de los intereses públicos o colectivos.

285. En sintonía con ello, la autonomía de la voluntad conflictual puede encontrarse, entre otros, con los límites siguientes³⁴⁶:

286. Primer límite: *normas internacionalmente imperativas*. Las “normas internacionalmente imperativas”, también denominadas, en atención a una mala traducción del francés, “*Leyes de policía*”³⁴⁷, pertenecientes al Derecho de otros países distinto al Derecho que rige los derechos y obligaciones de los contratos, tienen por objeto regular los efectos que los contratos internacionales producen sobre los intereses

característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309.

³⁴³ A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, vol. II, Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1923, pp. 280 y ss; Un análisis de las críticas es realizado, entre otros, por J.-M. JACQUES, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983, pp. 17 y ss; J.-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Paris, 1992, pp. 42 y ss; J.- Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 49 y ss.

³⁴⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 123

³⁴⁵ K. H. NEUMAYER, “Autonomie de la volonté et dispositions imperatives en droit international privé des obligations”, *RCDIP*, 1957, pp. 579-604.

³⁴⁶ S. FRANCO, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 40-69, esp. pp. 53 y ss ; H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 2-39; P. M. NORTH, « Contract, (Reform, but not Revolution) », *RCADI*, vol. CCXX, 1990-I, pp. 152-205.

³⁴⁷ F. F. GARAU SOBRINO, “Libre movimiento de capitales y transacciones económicas con el exterior en la contratación internacional”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Curso de contratación internacional*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2006, pp. 913-934.

generales y públicos de otros Estados. En otras palabras, la “norma internacionalmente imperativa” o “Ley de policía”³⁴⁸ constituye una disposición cuya observancia resulta esencial para la salvaguardia de los intereses públicos de un país, esto es, para su organización política, social o económica. Por esta razón, estas normas se aplican a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación con independencia de la Ley reguladora del contrato.

287. Las “normas internacionalmente imperativas” deben cumplir, principalmente, las siguientes condiciones para su aplicación (A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ³⁴⁹):

288. Las “normas internacionalmente imperativas” pertenecientes al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) (art. 9.2 Reg. Roma I³⁵⁰) deben contemplar, para su aplicación, los siguientes requisitos: 1º) *Imperatividad de las Leyes de policía*. La Ley de policía “debe exigir su aplicación” al caso y al contrato en cuestión de forma que se garantice su aplicación forzosa al contrato. 2º) *Aplicación, exclusivamente, a situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación “espacial” de las Leyes de policía*. No cabe extender la aplicación de estas Leyes de policía más allá del ámbito expresamente marcado por el legislador. 3º) *Aplicación de la Ley de policía a casos internacionales cualquiera que sea la Ley aplicable al contrato*. La Ley de policía debe indicar que su aplicación procede en casos “internacionales” y con independencia de cuál sea la Ley que rige el contrato según las normas de conflicto del Reglamento “Roma I”. En este sentido, cada Estado determina, unilateralmente, cuáles son sus intereses públicos y precisa los casos en los que considera que tales intereses públicos están en peligro y deben ser, por tanto, defendidos y protegidos a través de sus propias “Leyes de policía”.

289. La infracción de las “normas internacionalmente imperativas” del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto comporta la aplicación de la sanción jurídica que acompañe a dicha norma. La ausencia de sanción jurídica incorporada a la “norma internacionalmente imperativa” supone, para el Juez, a través de un análisis del fundamento y de la finalidad de la “norma internacionalmente imperativa” vulnerada, decidir la sanción más adecuada³⁵¹.

³⁴⁸ Art. 9.1 Reg. Roma I: “Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”.

³⁴⁹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 740-750.

³⁵⁰ Art. 9.2 Reg. Roma I: “Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro”.

³⁵¹ En este sentido, el art. 6.3 CC resulta aplicable: “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

290. Las “normas internacionalmente imperativas” que pertenecen al Derecho del país de ejecución del contrato (art. 9.3 Reg. Roma I³⁵²) deben comprender, para su aplicación, la verificación de las condiciones previstas para la aplicación de las Leyes de policía del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) (art. 9.1 Reg. Roma I). Además, las Leyes de policía de un tercer Estado producen efectos jurídicos en relación con un contrato internacional, si éstas forman parte del Derecho del país de ejecución del contrato, si bien, el Juez del Estado miembro aplica las Leyes de policía de terceros países en consideración a la “naturaleza y objeto” de las normas imperativas extranjeras en cuestión (salvaguardia de un interés digno de protección por el Derecho del Estado del foro) y a las “consecuencias que derivan de su aplicación o inaplicación”.

291. La infracción de Leyes de policía de otros países permite al Juez³⁵³ aplicar todas o algunas de las sanciones civiles recogidas en el Derecho extranjero cuyas Leyes de policía se han vulnerado, o aplicar tales sanciones pero de “manera modulada” por el Juez en atención al caso concreto. O bien, aplicar las sanciones previstas en la *Lex Contractus*, de modo que la infracción de las Leyes de policía extranjeras es tenida en cuenta como un “dato fáctico” (*Foreign Law as Local Data*) que ha de ser subsumido en la Ley del contrato.

292. Segundo límite: *el orden público internacional*. No se aplica “una disposición” de la Ley designada por el Reglamento “Roma I” si dicha aplicación es “manifiestamente incompatible” con el orden público del foro (art. 21 Reg. Roma I³⁵⁴).

293. En sintonía con ello, resulta preciso hacer referencia a concretos aspectos del orden público internacional³⁵⁵:

1º) *Orden público internacional “del foro” vs. orden público internacional “de la UE”*. Cada Estado miembro dispone de “su” orden público internacional (orden público internacional “del foro”). En sintonía con ello, en el caso de que el foro sea un Estado miembro, el Derecho de la UE forma parte de su Derecho y los principios

³⁵² Art. 9.3 Reg. Roma I: “También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”.

³⁵³ M^a. P. DIAGO DIAGO, “El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del Proceso Kimberley”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, nº 1, 2009, pp. 72-91.

³⁵⁴ Art. 21 Reg. Roma I: “Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

³⁵⁵ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 12^a edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 429-449; G. BIAGIONI, “Ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria nella proposta di regolamento «Roma I»”, en P. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 96-105.

básicos y esenciales del Derecho de la UE son también principios básicos y esenciales del Derecho del Estado del foro³⁵⁶.

2º) *Orden público internacional de proximidad*. El orden público internacional del foro sólo interviene si la aplicación del Derecho extranjero designado por las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” produce una vulneración clara y manifiesta de los principios fundamentales del Derecho del foro.

3º) *Excepcionalidad*. El orden público internacional constituye una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto de leyes. Por ello debe aplicarse e interpretarse de modo restrictivo (Cons. 37 Reg. Roma I³⁵⁷).

4º) *Ley aplicable al contrato en caso de intervención de la excepción de orden público*. El art. 21 Reg. Roma I no señala “qué Ley estatal” debe regir el contrato. En sintonía con ello, si la Ley extranjera contraria al orden público internacional del foro ha sido designada por una norma de conflicto contenida en el Reglamento “Roma I” que cuenta con otro punto de conexión subsidiario, resulta aplicable el Derecho estatal designado por dicho punto de conexión subsidiario. Si esa segunda Ley también vulnera el orden público internacional del foro, debe aplicarse la Ley del país que presenta vínculos más estrechos con el supuesto mediante un “desarrollo judicial” del art. 4.4 Reg. Roma I que contiene una “cláusula de cierre”. E incluso más, debe considerarse la aplicación de las normas de producción interna (*Lex Fori*) o el criterio jurisprudencial que se siga en cada Estado miembro en relación con las consecuencias de la intervención del orden público internacional de dicho Estado³⁵⁸.

5º) *Orden público internacional contra Leyes de policía de terceros Estados*. El art. 21 Reg. Roma I permite excluir la aplicación de las Leyes de policía de otro Estado distinto al Estado del foro, si tales Leyes provocan efectos contrarios al orden público internacional del Estado miembro del foro³⁵⁹.

f) Autonomía de la voluntad conflictual y localización objetiva del contrato internacional

294. En primer lugar, resulta necesario responder a la siguiente pregunta: ¿Pueden elegir las partes cualquier Ley estatal como aplicable al contrato? Un sector

³⁵⁶ S. POILLOT-PERUZZETTO, “Le règlement Rome I du 17 juin 2007 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Répertoire Dalloz de Droit communautaire, Cahiers de l’actualité*, n° 5, 2008, pp. 3-11.

³⁵⁷ Cons. 37 Reg. Roma I: “Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. El concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva”.

³⁵⁸ S. POILLOT-PERUZZETTO, “Le règlement Rome I du 17 juin 2007 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Répertoire Dalloz de Droit communautaire, Cahiers de l’actualité*, n° 5, 2008, pp. 3-11.

³⁵⁹ J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, p. 741; I.F. FLETCHER, *Conflict of Laws and European Community Law. With Special Reference to the Community Conventions on Private International Law*, North-Holland, Amsterdam, 1982, p. 172.

doctrinal³⁶⁰ considera que la elección por las partes de la Ley aplicable al contrato no puede resultar “*en contradiction*” con la que resulta de la “localización efectiva” del contrato. En otras palabras, la “localización objetiva” del contrato determina la Ley aplicable que garantiza los “*intérêts permanents*” de las partes contratantes. Por esta razón, las partes “localizan” el contrato y el Juez determina la Ley aplicable al mismo. Además, la elección de Ley aplicable al contrato por las partes resultará “*inopérant*” si dicha elección no constituye un vínculo entre el contrato y la Ley elegida³⁶¹.

295. Por estas razones, el principio de autonomía de la voluntad puede desplegarse en tres direcciones³⁶²: la primera dirección señala que la autonomía de la voluntad de las partes “localiza” los distintos elementos del contrato con un país determinado. La segunda, que la voluntad de las partes puede expresarse en una cláusula de elección de Ley aplicable y, la tercera dirección, que las cláusulas que contenga el contrato pueden “localizar” el contrato con el Estado más estrechamente vinculado. En la misma línea, P. LAGARDE³⁶³ considera que la autonomía de la voluntad conflictual, entendida como libre elección de Ley por las partes contratantes, y el principio de proximidad que permite la aplicación al contrato de la Ley del país más estrechamente vinculado al contrato, presentan un carácter complementario y, también, un carácter incompatible. El Juez toma en consideración la “voluntad hipotética” de las partes intervinientes para la determinación objetiva de la Ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos, si bien, en opinión del autor – P. LAGARDE –, la elección de Ley aplicable al contrato por las partes impide una “corrección” posterior de la Ley elegida aún cuando exista un país que se halle más estrechamente vinculado con el contrato.

296. Aunque las partes eligen, con frecuencia, una Ley que presenta vínculos más o menos estrechos con el contrato, también resulta posible la elección de una Ley estatal que no presente vínculos entre el contrato y la Ley del Estado elegida. La elección de la Ley aplicable al contrato por los particulares implicados comporta siempre “*l’expression de leur intérêt común*” y no resultará “*capricieux*” (M. GIULIANO³⁶⁴). E incluso más, el hecho de que la conexión entre el contrato y la Ley elegida por las partes resulte aparentemente “invisible”, esto es, que la Ley elegida no presente un vínculo geográfico o personal con el contrato, no comporta, siempre y en

³⁶⁰ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, vol. II, Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence, 1983, p. 272 y p. 446 « *La localisation objective paraît être la directive générale propre à concilier les différents intérêts que doit satisfaire le droit international privé* ».

³⁶¹ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, pp. 83 y ss.

³⁶² H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, vol. II, Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence, 1983.

³⁶³ P. LAGARDE, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *RCADI*, vol. CXCVI, 1986, pp. 25-237.

³⁶⁴ M. GIULIANO, “La loi d'autonomie, le principe et sa justification theorique”, *RDIPP*, vol. XV, 1979, pp. 217-235.

todo caso, la ausencia de ligamen³⁶⁵. Si bien las partes contratantes ostentan la facultad de elegir cualquier Ley, siempre que se respeten las condiciones establecidas el art. 3 Reg. Roma I, aunque ésta no se halle vinculada con la forma, la interpretación o la ejecución del contrato³⁶⁶.

297. En segundo lugar y en consonancia con lo expuesto, ¿El acuerdo de las partes por el que se determine el tribunal competente para conocer el asunto en caso de controversia, presume que las partes han escogido a su vez el Derecho del Estado cuyo tribunal conoce del asunto? (= *qui eligit iudicem eligit ius*) La Propuesta presentada por la Comisión incorporaba una presunción que establecía un vínculo entre la determinación de la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable³⁶⁷.

298. Algún autor³⁶⁸ estima que la aplicación de la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto resulta beneficiosa para las partes contratantes, puesto que, los tribunales minimizan los costes de investigación del Derecho y la decisión otorgada por los tribunales es de “mayor calidad”.

299. Ahora bien, la mayor parte de la doctrina³⁶⁹ consideró que la presunción establecida en la Propuesta presentada por la Comisión debía dotarse de mayor seguridad jurídica internacional, puesto que, no existían indicios de que dicha presunción coincidiera con la voluntad implícita de las partes en la elección de Ley aplicable al contrato. En otras palabras, si las partes desearan que el contrato se regulara por una Ley concreta, lo manifestarán expresamente. En ausencia de elección expresa o implícita de Ley aplicable, resulta lógico considerar que las partes, aún cuando eligieron el tribunal competente para conocer de la controversia, no pretendieron fijar la Ley aplicable.

³⁶⁵ C.G.J. MORSE, “The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations”, *European Yearbook of International Law*, vol. II, 1983, pp. 107-171.

³⁶⁶ F. MARRELLA, “Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento «Roma I», en P. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 28-40.

³⁶⁷ S. FRANCO, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 40-69, esp. p. 51.

³⁶⁸ S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento ‘Roma I’”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 541-568, esp. pp. 547-548.

³⁶⁹ P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, vol. XLV, n° 6, 2008, pp. 1687-1725; C. HAHN, *La liberté de choix dans les instruments communautaire récents : « Rome I » et « Rome II » : L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général*, Pedone, París, 2009 ; U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, n° 103, 2004, pp. 131-189 (texto similar en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation [COM 2002 654 final]”; MAX PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, “Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization”, *RebelsZ*, n° 68, 2004-I, pp. 1-118.

300. Finalmente, el texto del Reglamento “Roma I” dispone: si las partes contratantes confieren a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver la controversia ligada a un contrato, dicha elección de tribunal debe considerarse respecto de la determinación de la elección de la Ley si ésta se desprende claramente de los términos del contrato (Cons. 12 Reg. Roma I).

301. La afirmación del Reglamento “Roma I”, también ha suscitado división de posiciones en la doctrina. Un sector de la doctrina³⁷⁰ considera que la determinación de la competencia judicial internacional no comporta la fijación del Derecho aplicable. Las partes que eligen el tribunal competente son conscientes de que también ostentan facultad de elección del Derecho aplicable. Otro sector doctrinal³⁷¹ entiende que la vinculación entre competencia judicial internacional y Derecho aplicable debe valorarse en sentido positivo, si bien la determinación del tribunal competente para conocer del litigio no puede resultar el único “elemento” a tener en cuenta para precisar la voluntad implícita de las partes en la precisión del Derecho aplicable. La división de la doctrina se agudiza aún más en el supuesto de que las partes eligieran el tribunal de un tercer Estado para resolver la controversia³⁷².

B) Test de *eficiencia* y *autonomía de la voluntad conflictual*

302. La “autonomía de la voluntad conflictual” constituye un *valioso mecanismo* que aporta *seguridad* al DIPr.³⁷³ y *previene los conflictos de leyes*³⁷⁴. En efecto, el punto de conexión “autonomía de la voluntad” constituye, con carácter general, un criterio *eficiente*.

³⁷⁰ P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, vol. XCV, n° 2, 2006, pp. 331-349, esp. p. 335.

³⁷¹ S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento ‘Roma I’”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 541-568, esp. pp. 547-548; S. FRANCO, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 40-69, esp. p. 53; F. RIGAUX, “Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cahiers de droit européen*, vol. XXIV, 1988, pp. 306-321.

³⁷² P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *RCDIP*, vol. XCVII, n° 4, 2008, pp. 727-780; S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Roma I », *Recueil Dalloz*, n° 31, 2008, pp. 2157-2161; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2008. *A sensu contrario*, S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento ‘Roma I’”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 541-568, esp. p. 547.

³⁷³ O. LANDO, “Contracts” en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VIII, chapter 24, Tubingen, 1976, pp. 33 y ss; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 194 « *Il semble bien que le choix par les parties du droit applicable soit la seule « valeur sûre » du droit international privé des contrats* ».

³⁷⁴ O. KAHN-FREUND, “General Problems of Private International Law”, *RCADI*, vol. CXLIII, 1974- III, pp. 139-474, esp. pp. 193 y ss.

303. La autonomía de la voluntad puede intervenir *de manera eficiente* en los tres sectores del DIPr.³⁷⁵:

a) *Competencia judicial internacional.* La autonomía de la voluntad se corresponde con un foro de competencia judicial internacional que posibilita a las partes contratantes la determinación del tribunal estatal competente. Los particulares implicados eligen, por cualquier razón que cubra sus intereses, el tribunal mejor situado para conocer de la controversia. El tribunal elegido por las partes es aquél que les comporta menores “costes jurisdiccionales”.

b) *Ley aplicable.* La manifestación de la autonomía de la voluntad coincide con el punto de conexión de la norma de conflicto de leyes que posibilita a las partes contratantes precisar la Ley aplicable a la situación jurídica privada internacional. Las partes eligen el ordenamiento jurídico material con un contenido sustantivo adecuado al contrato, en consideración a sus necesidades. La Ley del Estado elegida por las partes como aplicable al contrato es aquella que les comporte menores “costes conflictuales”.

c) *Eficacia extraterritorial de decisiones.* La autonomía de la voluntad constituye un criterio impulsor del sistema de validez extraterritorial de decisiones que implica, para ambas partes contratantes, la voluntariedad del *exequatur* y del *reconocimiento*.

304. La autonomía de la voluntad, es un criterio en auge en el ámbito de la globalización³⁷⁶, porque constituye la *solución óptima* en los tres sectores del DIPr., puesto que, proporciona *máxima previsibilidad para las partes contratantes*³⁷⁷ - las partes implicadas conocerán *ex ante* el tribunal competente y la Ley aplicable al litigio para poder adaptar su comportamiento jurídico a lo establecido - e *individualiza el mejor juzgador y el mejor Derecho* - las partes contratantes seleccionarán el tribunal competente y el Derecho aplicable que les comporte mínimos “costes conflictuales” -.

305. En resumen, la elección de Ley aplicable por los particulares proporciona alto grado de seguridad jurídica internacional en la celebración de un contrato internacional y mínimos “costes conflictuales” a las partes contratantes³⁷⁸. Por estas razones, la elección por las partes intervinientes en el contrato internacional de la Ley

³⁷⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 22, 2004, pp. 17-58.

³⁷⁶ El auge del criterio “autonomía de la voluntad” se observa en el ámbito patrimonial así como en el sector personal y familiar. P. GANNAGE, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *RCDIP*, vol. LXXXI, 1992, pp. 425-454; A. E. VON OVERBECK, “L’irrésistible extensión de l’autonomie en droit international privé” *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l’Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 1993, pp. 619-636; R. VAN DER ELST, “Liberté respect et protection de la volonté en Droit international privé”, en *Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 507-516; N. WATTE, “L’autonomie de la volonté dans le conventions de la Haye”, *Revue belge de droit international*, vol. XXIV, 1991, pp. 413-437.

³⁷⁷ H. L. BUXBAUM, “Regulatory policy in transnational litigation: the influence of judicial globalization” en *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, München, 2004, pp. 87-104.

³⁷⁸ M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 165 considera que “los tribunales que apliquen normas ineficientes tenderán a perder casos a favor de tribunales que apliquen normas eficientes”.

que debe regirlo comporta la aplicación de una Ley estatal *eficiente*. Las partes contratantes elegirán la Ley del país con el que se hallan más estrechamente vinculadas. Escogerán una Ley que presumiblemente conocen³⁷⁹, una Ley con arreglo a la cual están acostumbradas a ajustar su comportamiento legal. Una Ley que no genere una “situación jurídica claudicante”. En definitiva, una Ley que les comporte, a ambos particulares implicados en la celebración de un contrato internacional, escasos “costes de transacción conflictuales”.

306. Ejemplo. Un ciudadano que ostenta la nacionalidad española con residencia habitual en España y un ciudadano nacional francés que tiene su residencia habitual en Francia, si bien también posee bienes inmuebles en Alemania, celebran un contrato de compraventa de alfombras en Alemania por el que el ciudadano francés adquirirá quinientas alfombras. El contrato contiene una cláusula de elección de Ley que establece que, en caso de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, la Ley reguladora del contrato internacional será la Ley turca. La pregunta surge rápidamente, ¿Es la Ley turca la Ley del Estado que comporta mínimos costes conflictuales a ambas partes contratantes?

307. La tabla siguiente pone de relieve el coste de aplicación de la Ley al contrato que debe asumir cada parte contratante:

Tabla núm: 1. Contrato de compraventa de alfombras. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio de la autonomía de la voluntad conflictual.

	Coste de la aplicación de la Ley de la residencia habitual del vendedor (Ley española)	Coste de la aplicación de la Ley de la residencia habitual del comprador (Ley francesa)	Coste de la aplicación de la Ley del lugar de celebración del contrato (Ley alemana)	Coste de la aplicación de la Ley elegida por las partes contratantes (Ley turca)
Ciudadano español	10	90	80	50
Ciudadano francés	90	10	20	50
Total	= 100	=100	= 100	=100

³⁷⁹ L. F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 11-41, esp. p. 23 es muy claro en la siguiente afirmación: “A día de hoy, la individualización de la ley rectora del contrato se confía ante todo a los interesados, advirtiéndoles de que a falta de elección los instrumentos de que disponen los tribunales no están en condiciones de aportarles absoluta certidumbre, si bien se prefiere esto a la consagración de un criterio de conexión apto para dar respuestas indubitadas pero incapaz de garantizar el respeto de las expectativas razonables de las partes”; M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825, esp. p. 769.

308. El coste “total” que asumen las partes contratantes en la celebración de dicho contrato de compraventa es el mismo (= 100) con independencia de la Ley estatal que lo rijan. Sin embargo, el coste “global” que asume cada parte contratante varía en función de la Ley estatal que resulte aplicable al contrato internacional.

309. Por esta razón, la aplicación al contrato de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor, si bien favorece al vendedor, puesto que, *su* Derecho resulta aplicable al contrato, perjudica de forma injustificada al comprador que debe asumir costes muy elevados de información del contenido y adaptación de su comportamiento jurídico a la Ley del país de la residencia habitual del vendedor. La misma situación tiene lugar en el caso de que el contrato se rijan por la Ley del Estado de la residencia habitual del comprador.

310. En el caso de que este contrato de compraventa se rijan por la Ley del país del lugar de su celebración, la parte compradora sufrirá costes conflictuales mínimos, puesto que, la posesión de bienes inmuebles en Alemania le obligó a conocer, al menos parcialmente, el contenido del Derecho alemán. Mientras que, la parte vendedora debe soportar costes conflictuales elevados porque su ignorancia acerca del contenido del Derecho alemán es absoluta. Por esta razón, la Ley del lugar de celebración del contrato no conduce, en el supuesto planteado, a una solución *eficiente*, desde el punto de vista conflictual.

311. Sin embargo, la elección de la Ley turca por ambas partes contratantes como Ley aplicable al contrato internacional pone de relieve que la Ley turca se corresponde con la Ley que comporta menores costes conflictuales “totales” y “globales” a ambos particulares implicados. La Ley turca proporciona un reparto equitativo de costes (= 50) para ambas partes contratantes. Por esta razón, es la Ley estatal que presenta los vínculos más estrechos con el contrato. La Ley elegida por las partes se corresponde con la Ley del Estado que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. En consecuencia, si las partes acuerdan en el contrato una cláusula de elección de Ley a favor de la Ley turca, el Juez entiende que tal elección de Ley coincide con el concepto “vínculo más estrecho”, y en consecuencia, procederá a aplicar la Ley turca al contrato de compraventa de alfombras.

312. La pregunta que surge es la siguiente, ¿Constituye la autonomía de la voluntad la solución jurídica más *eficiente*? La respuesta a la cuestión formulada es en gran medida positiva, si bien, el planteamiento de determinados supuestos posibilita el establecimiento de restricciones necesarias a la autonomía de la voluntad³⁸⁰:

a) *Asimetría material de las partes. Relaciones jurídicas con “parte débil”*. La autonomía de la voluntad como punto de conexión únicamente debe operar si existe “simetría” entre las partes contratantes³⁸¹ con objeto de que una de las partes

³⁸⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 127-132.

³⁸¹ F. J. GARCIMARTÍN, “La racionalidad económica del Derecho internacional privado” en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2001*, Secretaría de Publicaciones, Universidad del País Vasco, 2002, pp. 88-154, esp. p. 122 “...en condiciones de perfecta información y simetría de las partes”; M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, nº 4, 2004, pp. 1-20, esp. p. 7: “la

implicadas, la parte “fuerte”, no imponga a la otra parte, la parte “débil”, la elección de una Ley que únicamente beneficie a uno solo de los sujetos.

b) *Situaciones privadas internacionales que producen efectos en relación con “terceros”*. Si la celebración de un contrato internacional produce efectos jurídicos en relación con terceros y, éstos no han participado en la determinación de la Ley aplicable al contrato, la autonomía de la voluntad conduce a un resultado *ineficiente* e injusto para el tercero que puede verse perjudicado por la aplicación de una Ley que no eligió.

c) *Situaciones privadas internacionales que producen efectos sobre los “intereses públicos” o “generales”*. Las “Leyes de policía” de cada Estado con objeto de salvaguardar los intereses públicos o generales de la sociedad operan frente al criterio autonomía de la voluntad, en la medida en que la Ley elegida por las partes perjudique los intereses generales del Estado.

d) *Situaciones privadas internacionales que producen efectos sobre la “estructura social fundamental”*. La estructura jurídica de la sociedad de un Estado se regula por el Derecho de dicho país. Por esta razón y con objeto de que los particulares no puedan eludir la Ley del Estado con el que la situación jurídica privada internacional se halla más estrechamente vinculada debe limitarse el criterio autonomía de la voluntad³⁸².

313. En este sentido, ¿Por qué las partes contratantes eligen la Ley que eligen? Con carácter general, la autonomía de la voluntad garantiza que el contrato internacional se rija por la Ley del país cuya aplicación comporte menores costes conflictuales para los particulares implicados³⁸³. Algún autor³⁸⁴ da un paso más al considerar que la elección por las partes, no sólo de la Ley aplicable al contrato, sino también la elección de tribunal o árbitro junto con una cláusula de libre circulación de decisiones públicas comportaría una minoración de los costes conflictuales y de los costes de litigación internacional.

314. Ejemplo. Una empresa con sede social en España, “WIERT”, y con filiales en Inglaterra y una empresa cuyo establecimiento principal se halla en Portugal, “XOCIS”, y con inversiones en Reino Unido, celebran un contrato de creación publicitaria por el que la empresa “XOCIS” se compromete crear un eslogan para la campaña de primavera – verano de la empresa “WIERT”.

315. Ambas partes deciden valorar numéricamente el coste de la aplicación de cada Ley antes de elegir la Ley aplicable al contrato:

autonomía de la voluntad funciona bien si las partes son plenamente conscientes de su decisión, se hallan en posición simétrica y no perjudican a terceros”.

³⁸² A. PRUIJNER, “Le droit international privé: un droit du rattachement”, *Études de droit international en l’honneur de P. Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 1993, pp. 161-172; F. VISCHER, “General Course on Private International Law”, *RCADI*, vol. CCXXXII, 1992, pp. 21-246.

³⁸³ E. A. O’ HARA / L. E. RIBSTEIN, “Conflict Of Laws And Choice Of Law” en B. BOUCKAERT AND G. DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics* (University of Ghent and University of Utrecht), 2000, pp. 631-660, esp. p. 631 y p. 647.

³⁸⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Regulatory Competition: A private International Law Approach”, *European Journal of Law and Economics*, vol. VIII, nº 3, 1999, pp. 251-270.

Tabla núm: 2. Contrato de creación publicitaria. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio de la autonomía de la voluntad conflictual.

	Coste de aplicación de la Ley portuguesa (Ley de la sede social del prestador característico)	Coste de aplicación de la Ley española (Ley de la sede social del cliente)	Coste de la aplicación de la Ley inglesa (Ley elegida por las partes contratantes)
Empresa "XOCIS"	10	90	40
Empresa "WIERT"	90	10	40
Total	= 100	=100	= 80

316. La tabla pone de relieve, principalmente, los datos siguientes:

a) El coste de aplicar el Derecho portugués es mínimo para la empresa portuguesa, puesto que, para la empresa "XOCIS" el Derecho portugués constituye un Derecho que conoce perfectamente y conforme al cual está acostumbrado a contratar. A diferencia de ello, la aplicación de la Ley portuguesa comporta costes muy elevados para la empresa "WIERT" en el supuesto de que la empresa española deba informarse y adaptar su comportamiento al Derecho portugués, el cual desconoce.

b) El mismo planteamiento tiene lugar con la aplicación del Derecho español. Si bien la aplicación de la Ley española resulta costosa para la empresa portuguesa, puesto que, desconoce el contenido del Derecho español. La empresa española se beneficiaría de la aplicación de su Derecho en la medida en que soportaría unos costes conflictuales mínimos. En resumen, aplicar al contrato la Ley de la contraparte resulta *ineficiente*, puesto que, provoca costes conflictuales muy elevados para una sola de las partes.

c) La aplicación de la Ley inglesa comporta una distribución equitativa y *eficiente* de los costes conflictuales que deben soportar ambas partes contratantes. Tanto la empresa española como la empresa portuguesa conocen el Derecho anglosajón gracias a las filiales e inversiones que tienen en dicho país. En consecuencia, los costes conflictuales que asume cada parte contratante son inferiores que los que soportarían si se aplicara la Ley de su contraparte.

317. En conclusión, una válida elección de Ley aplicable al contrato por las partes intervinientes, una elección de Ley "bilateral", una elección de Ley aplicable efectuada por ambas partes contratantes, carente de vicios que afectan al consentimiento de ambos particulares, se corresponde con una Ley previsible para ambas partes contratantes. Una Ley que cubre sus expectativas jurídicas. En otras palabras, el contrato se regirá por la Ley que los contratantes tienen en mente en el momento de celebración del mismo, y que por esta razón, comporta mínimos costes conflictuales a ambos particulares implicados.

4. Ley aplicable al contrato en defecto de elección

318. El punto de conexión “autonomía de la voluntad conflictual” alcanzó, desde finales del XIX y principios del siglo XX, un gran éxito a nivel doctrinal³⁸⁵ y jurisprudencial³⁸⁶.

319. No obstante, la precisión de la Ley aplicable al contrato internacional en ausencia de elección de Ley por las partes implicadas origina dos grandes corrientes: A) *Adopción de puntos de conexión “flexibles”*³⁸⁷. El contrato debe regirse por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos. Por esta razón, el Juez que conoce del asunto decide, *in casu*, cuál es el país más vinculado con el contrato, tomando en consideración todos los “contactos” que el contrato presenta con los distintos países. O bien, el sistema B) *Adopción de puntos de conexión rígidos*³⁸⁸. El Juez debe limitar su función a comprobar si concurren determinadas circunstancias y a aplicar el Derecho designado por un punto de conexión determinado, en virtud de un catálogo prefijado “Contrato – Ley aplicable”, sin tomar en consideración los elementos que presenta el contrato con los distintos países.

320. El art. 4 Reg. Roma I determina la Ley reguladora del contrato en el caso de que la elección de Ley por las partes contratantes resulte inválida de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 Reg. Roma I. O bien, cuando el contrato carece de una cláusula de elección de la Ley aplicable al mismo. El art. 4 Reg. Roma I contiene los siguientes puntos de conexión (Cons. 19 Reg. Roma I³⁸⁹): 1º) *Primer criterio. Los*

³⁸⁵ M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, [DOCE, núm. 327, de fecha 11 diciembre 1992], pp. 17 y ss.

³⁸⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ considera en “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream of Commerce*”, en A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119 la adopción por algunos países de la solución “autonomía de la voluntad conflictual” en su jurisprudencia. Por ejemplo, en Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Inglaterra, Escocia, Irlanda, Dinamarca, y en España. En particular, en España, el TS hace prevalecer la Ley elegida por los contratantes y sólo en su defecto acude a la Ley del lugar de celebración del contrato, -que era la solución acogida por las *Partidas*:- STS 9 marzo 1872, STS 20 marzo 1877, STS 15 noviembre 1898, STS 18 marzo 1875, STS 19 octubre 1910.

³⁸⁷ M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, [DOCE, núm. 327, de fecha 11 diciembre 1992], pp. 17 y ss. La misma teoría se desarrolla en los países anglosajones (= *The Proper Law of the Contract*), Francia (= en defecto de elección de Ley, se aplica la Ley del país con el que el contrato presenta una relación más estrecha, utilizando diversos índices para averiguar los contactos del contrato con los diferentes países), Alemania (= *Hypothetischer Parteiwille*, y si la voluntad hipotética de las partes no pudiese determinarse, la Ley que regula el contrato será la Ley del país de ejecución de cada una de las obligaciones que nacen del contrato).

³⁸⁸ Los países que optaron, en ausencia de elección de Ley por los contratantes, por el acogimiento de puntos de conexión *rígidos* en materia contractual fueron, entre otros: Italia – El contrato se rige por la Ley nacional común de los contratantes, y en su defecto, por la Ley del país de celebración del contrato (art. 25 CC de 1942)-; Suiza – Teoría de la prestación característica-; España – El contrato se regula por la Ley de la residencia habitual común de los contratantes y, en su defecto, por la Ley del país donde el contrato se celebrara (art. 10.5 CC)-.

³⁸⁹ Cons. 19 Reg. Roma I: “En defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para el tipo particular de contrato. En caso de que el contrato no pueda catalogarse

“ocho contratos”. A falta de elección de Ley, o si dicha elección de Ley resulta inválida, el art. 4 Reg. Roma I distingue ocho “tipos de contratos”, e indica la Ley estatal que rige cada uno de esos ocho “tipos de contrato” (art. 4.1 Reg. Roma I). 2º) *Segundo criterio. Otros contratos.* En el caso de que el contrato no sea uno de esos “ocho contratos” o cuando el contrato resulte una combinación de varios de esos ocho contratos, éste se rige por la Ley del país donde tiene su residencia habitual la parte que debe realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reg. Roma I). 3º) *Tercer criterio. Cláusula de excepción.* No obstante lo anterior, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con un país distinto del indicado en el art. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I, el contrato se rige por la Ley de este otro país con el que presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos (art. 4.3 Reg. Roma I). 4º) *Cuarto criterio. Otros contratos no incluidos en la lista de los ocho contratos y carentes de prestación característica.* Los contratos no incluidos en la lista de “ocho contratos” (art. 4.1 Reg. Roma I) y que también carecen de prestación característica (art. 4.2 Reg. Roma I), se regulan por la Ley del país con el que presentan los vínculos más estrechos (art. 4.4 Reg. Roma I).

321. En suma, la estructura del art. 4 Reg. Roma I contiene, principalmente, dos reglas: la Ley del contrato se determina con arreglo a una norma de conflicto *rígida* (art. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I). Y, en casos excepcionales, el Juez descarta la anterior norma de conflicto *rígida* y aplica la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato (art. 4.3 Reg. Roma I).

A) Los elementos empleados como puntos de conexión en el ámbito contractual: análisis técnico y test de *eficiencia*

322. La selección de los puntos de conexión *eficientes* debe efectuarse, por parte del legislador, en consideración a tres niveles³⁹⁰: en el primer nivel, el DIPr. debe introducir una *idea de orden*, entendida junto con la noción de seguridad jurídica internacional, en las situaciones privadas internacionales. En el segundo nivel, el DIPr. debe realizar los *valores materiales* recogidos en la Constitución e inspirar las soluciones de DIPr. En el tercer nivel, el DIPr. debe operar al *menor coste posible* para los particulares.

323. Ahora bien, la selección de los puntos de conexión *eficientes*, no resulta una tarea fácil, puesto que, cada punto de conexión presenta ventajas e

como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad”.

³⁹⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 22, 2004, pp. 17-58, esp. p. 44.

inconvenientes³⁹¹. Esta afirmación es la que se pone de relieve a partir de un análisis de las circunstancias empleadas como punto de conexión en materia de contratos internacionales desde el punto de vista técnico y desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual:

a) Ley nacional común y Ley nacional de una sola de las partes contratantes

324. La “nacionalidad de la persona” constituye un punto de conexión que encuentra inspiración en el principio de soberanía del Estado sobre sus nacionales. El Estado aplica *sus* Leyes a *sus* ciudadanos. Sin embargo, en la actualidad se considera que la soberanía de un Estado no se encuentra ni perjudicada ni beneficiada en la determinación de la Ley aplicable a las cuestiones jurídicas que afectan a los particulares.

325. El criterio “Ley nacional” puede comportar, entre otras, las ventajas siguientes: 1º) La nacionalidad es un punto de conexión “estable”. En efecto, resulta difícil cambiar de nacionalidad. Por esta razón, el punto de conexión “nacionalidad” evita fraudes y potencia la seguridad jurídica en cuanto a la Ley aplicable. Ahora bien, la nacionalidad garantiza la aplicación de una sola Ley estatal a las cuestiones relativas al *status jurídico* del individuo, mientras que, su *eficiencia* es discutible en materia contractual. 2º) La nacionalidad permite al emigrante mantener sus vínculos culturales con su país de origen. En efecto, la nacionalidad de la persona constituye un punto de conexión que no obliga a los emigrantes a sujetarse a los “*standards culturales*” del país de su residencia habitual. 3º) El punto de conexión “nacionalidad” no provoca ningún efecto discriminatorio contra nacionales de otros Estados miembros de la UE, efecto prohibido por el art. 18 TFUE, porque la nacionalidad se utiliza como un criterio general para todas las personas sea cual sea su nacionalidad y, además, el uso del punto de conexión “nacionalidad” no es discriminatorio en sí mismo. El resultado que proporciona dicho punto de conexión depende del contenido de la Ley nacional que se aplique.

326. Sin embargo, el punto de conexión “Ley nacional” no sólo presenta ventajas sino también inconvenientes: 1º) Es una conexión “formal” que puede conducir a la aplicación de “Leyes imprevisibles” para los particulares, puesto que, la aplicación de la Ley nacional no garantiza la existencia de una conexión “real” entre el país cuya nacionalidad se ostenta y el sujeto que posee dicha nacionalidad. 2º) Es un punto de conexión de difícil precisión a la hora de establecer la adquisición o la pérdida de una determinada nacionalidad, así como los supuestos de múltiple nacionalidad y de apatridia. 3º) En determinados casos, la nacionalidad de un sujeto no garantiza la aplicación de la Ley del país en el que el individuo desarrolla su vida. La persona física puede ostentar la nacionalidad de un país en el que jamás ha vivido. Por tanto, en este caso, la aplicación de la Ley “nacional” a la situación jurídica puede generar “costes conflictuales” muy elevados e innecesarios para los particulares afectados.

³⁹¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de la familia internacional*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2004, pp. 20-24 proporcionan las ventajas y los inconvenientes de los distintos puntos de conexión empleados por la norma de conflicto de leyes.

327. De las ventajas y los inconvenientes expuestos se revela el dato de que la Ley nacional se halla íntimamente ligada al ámbito del estatuto personal. En sintonía con ello, el art. 9.1 CC³⁹² dispone que la Ley nacional rige el estado civil y la capacidad de la persona, las relaciones familiares y la sucesión por causa de muerte. Sin embargo y a pesar de la dicción literal del art. 9.1 CC, la Ley nacional designada por dicho precepto regula cuestiones relativas a la capacidad de las personas físicas, la declaración de ausencia y fallecimiento, la mayor y menor edad, el sexo de la persona y la emancipación. Además, el precepto recoge un principio general de reglamentación que sirve para interpretar el sistema español de DIPr. en las materias relativas al Derecho de la persona y familia y para integrar las lagunas que puedan surgir en la materia. Por estas razones, el punto de conexión “Ley nacional” se halla particularmente vinculado al ámbito del estatuto de la persona si bien su incidencia no guarda ninguna conexión en el ámbito contractual.

328. Ejemplo. Un ciudadano “A” que ostenta la nacionalidad belga y reside habitualmente con su familia en París, ciudad donde tiene su empresa desde hace más de diez años, celebra un contrato por el que adquiere, de un ciudadano “B” que posee la nacionalidad portuguesa aún cuando reside habitualmente en España, cincuenta ordenadores cuyo destino es la sucursal que el ciudadano “A” tiene en Milán. Por esta razón, el contrato dispone una cláusula por la que la entrega de la mercancía y el pago del precio se efectuarán en Milán. En caso de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió de conformidad con lo estipulado en el contrato, ¿Qué Ley estatal conduciría a un resultado *eficiente* desde el punto de vista conflictual?

329. La tabla siguiente señala el coste conflictual que asume cada parte contratante en función de la Ley estatal que regule este contrato:

³⁹² Art. 9.1 CC: “La Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de Ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la Ley personal anterior”.

Tabla núm: 3. Contrato de compraventa de ordenadores. Análisis económico del criterio de la nacionalidad en comparación con el criterio de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes y con el criterio del lugar de ejecución del contrato.

	Coste de aplicación de la Ley nacional del comprador (Ley belga)	Coste de aplicación de la Ley nacional del vendedor (Ley portuguesa)	Coste de aplicación de la Ley de la residencia habitual del comprador (Ley francesa)	Coste de aplicación de la Ley de la residencia habitual del vendedor (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del lugar de ejecución del contrato (Ley italiana)
Ciudadano "A"	90	90	10	90	60
Ciudadano "B"	90	90	90	10	60
Total	= 180	= 180	= 100	= 100	= 120

330. En el supuesto de que este contrato internacional se regule por la Ley nacional de cualquiera de las partes contratantes, no solamente para su contraparte sino también para ella misma, los costes conflictuales que tienen que soportar son muy elevados. Aplicar la Ley nacional de cualquiera de los particulares implicados conduce, en este supuesto, a una Ley imprevisible para ambas partes contratantes. La aplicación de la Ley nacional no garantiza la existencia de una conexión "real" entre el país cuya nacionalidad se ostenta y el sujeto que posee dicha nacionalidad. Además, y en particular en el supuesto descrito, la nacionalidad de un sujeto no garantiza la aplicación de la Ley del país en el que el individuo desarrolla su vida. Por tanto, en este caso, la aplicación de la Ley nacional al contrato internacional comporta costes conflictuales muy elevados e innecesarios para los particulares implicados. La Ley nacional de cualquiera de las partes no proporciona, en el ámbito contractual, una solución *eficiente* desde el punto de vista conflictual.

331. La aplicación al contrato internacional de la Ley del país de la residencia habitual de cualquiera de los particulares implicados comporta costes conflictuales reducidos a aquella parte cuyo Derecho se aplica, mientras que, los costes conflictuales que debe soportar la contraparte son muy elevados. Por esta razón, la Ley del país de la residencia habitual del vendedor y/o la Ley del Estado de la residencia habitual del comprador tampoco conducen, en este supuesto, a un resultado *eficiente* desde el punto de vista conflictual.

332. No obstante, la Ley del lugar de ejecución del contrato genera, en este asunto, costes conflictuales reducidos y distribuidos eficientemente entre ambas partes contratantes. Ello es así, porque la Ley del lugar de ejecución constituye en este caso, una Ley previsible para ambas partes contratantes, puesto que, los dos celebran el contrato en Milán y, además, acuerdan que en dicha ciudad, por cualesquiera motivos que resulten de su interés, se lleve a cabo la ejecución del contrato. En este sentido, los costes de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho italiano son menores y se encuentran distribuidos equitativamente entre ambos particulares implicados. Por esta razón, la Ley italiana se corresponde, en este supuesto, con la Ley que conduce a una solución *eficiente* desde el punto de vista conflictual.

b) Ley de la residencia habitual del prestador característico

1º Evolución histórica

333. La teoría de la prestación característica ha sido objeto de una evolución histórica. El primer planteamiento³⁹³ similar de lo que hoy conocemos como la tesis de la prestación característica lo ideó MUNHEIM (1887). Su proyecto consistía en aplicar al contrato una única Ley, bien la Ley del domicilio del deudor, o bien, la Ley del foro en el que la acción judicial se intentara.

334. Posteriormente, el Instituto de Derecho Internacional en la sesión de Florencia (1908³⁹⁴), sobre la base de los trabajos de HARBURGER, VON BAR y ROLIN, dispuso que en ausencia de elección de Ley por las partes intervinientes en un contrato, el Derecho aplicable al mismo se precisara en atención a la naturaleza de la situación jurídica, la condición de las partes o en virtud de la localización de la cosa objeto de la relación contractual. Si no resultaba posible la determinación del Derecho aplicable de conformidad con lo estipulado, se observaba la aplicación de la Ley del domicilio común de las partes, la Ley nacional común o la Ley de conclusión del contrato. También NOLDE presentó, en 1925, un informe al *Institut de Droit International* en el que abogaba por la aplicación de la Ley del lugar donde se debía ejecutar la obligación principal o característica, la Ley del país de ejecución de la prestación característica³⁹⁵.

335. En el mismo sentido, la teoría de la prestación característica emergió de la cuestión siguiente³⁹⁶: la precisión de la Ley aplicable a un contrato internacional no se determinará de conformidad con la Ley que las partes hubieran elegido si éstas hubieran tenido la opción de elegir la Ley aplicable al contrato internacional (“voluntad hipotética” de las partes) sino en virtud de la Ley que un “profesional de negocios” hubiere seleccionado en atención a la naturaleza del contrato.

336. Sin embargo y en particular, A. F. SCHNITZER³⁹⁷ es considerado el representante de la teoría de la prestación característica. Para este autor, las cuestiones

³⁹³ L. F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, pp. 30-32; F. VISCHER, “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520.

³⁹⁴ *Annuaire d’ Institut de Droit International* de 1908.

³⁹⁵ *Annuaire d’Institut de Droit International*, vol. XXXII, 1925, pp. 103 y ss; U. VILLANI, « Aspetti problematici della prestazione caratteristica », *RDIPP*, vol. XXIX, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 516-517.

³⁹⁶ F. VISCHER, “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520, esp. p. 503; ID., “The Antagonism in the Field of Contract”, *RCADI*, vol. CXLII, 1974-II, pp. 1-70, esp. p. 54.

³⁹⁷ A. F. SCHNITZER, « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *RCADI*, vol. CXXIII, 1968, pp. 541-636. La teoría de A. F. SCHNITZER fue acogida y desarrollada por distintos autores, entre otros: P. KAYE, *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, Dartmouth, 1993, p. 188; K. LIPSTEIN, «Characteristic Performance. A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contracts for the EEC », *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. III, nº 2, 1981, pp. 402-423.

de conflictos de leyes en el ámbito de la contratación parten de afirmación siguiente: “La obligación contractual está intrínsecamente anclada allí donde se realiza una función en la vida de los hombres”. En sintonía con ello y para este autor, el contrato se halla íntimamente vinculado con el país en el que desarrolla su *función económica y social*. En otras palabras, el país donde tiene su *sede* el prestador característico.

2º) Determinación de la residencia habitual del prestador característico

337. La “tesis de la prestación característica” se erige sobre la regla subsidiaria contemplada en el art. 4.2 Reg. Roma I que establece que el contrato se rige por la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico. La precisión de la residencia habitual del prestador característico exige:

338. Primero: *determinación de la “residencia habitual”*. El Reglamento “Roma I” proporciona un acercamiento al concepto “residencia habitual” (Cons. 39 Reg. Roma I³⁹⁸). En sintonía con ello, el art. 19 Reg. Roma I diferencia varios supuestos en la determinación de la “residencia habitual”:

Respecto a las *sociedades, asociaciones o personas jurídicas* (art. 19.1 Reg. Roma I): la residencia habitual de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas se corresponde con el lugar de su “administración central”. En consecuencia, el art. 19 Reg. Roma I se “distancia” del art. 60.1 Reg. 44/2001³⁹⁹ que admite hasta tres posibles lugares de “domicilio” de las personas jurídicas en el sector de la competencia judicial internacional. En este sentido, una persona jurídica puede ser demandada hasta en tres Estados miembros distintos si bien esa misma persona jurídica sólo tiene un domicilio en el ámbito de la Ley aplicable a los contratos.

En atención a la *persona física que ejerce actividades profesionales* (art. 19.1.II Reg. Roma I): la residencia habitual de la persona física que realiza actividades profesionales coincide con el lugar del establecimiento principal de dicha persona.

En consideración a una *sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento* (art. 19.2 Reg. Roma I): los contratos celebrados en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento consideran “residencia habitual” el lugar de establecimiento de dicha sucursal, agencia u otro establecimiento.

Y, respecto a las *personas físicas no profesionales*⁴⁰⁰: el Reglamento “Roma I” guarda silencio, por lo que, se determina con arreglo al Derecho nacional de cada Estado miembro. La precisión de la “residencia habitual” se efectúa con arreglo a

³⁹⁸ Cons. 39 Reg. Roma I: “La seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas. Contrariamente al art. 60, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 44/2001, que propone tres criterios, la norma de conflicto de leyes debe limitarse a un criterio único; en caso contrario, las partes no podrían prever la ley aplicable a su situación”.

³⁹⁹ Art. 60.1 Reg. 44/2001 “A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; c) su centro de actividad principal”.

⁴⁰⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 193-194.

aquella que se ostente en el momento de la celebración del contrato (art. 19.3 Reg. Roma I).

339. Segundo: *determinación de la prestación característica del contrato*. ¿Qué es y cómo se determina la prestación característica de un contrato?⁴⁰¹ De conformidad con lo establecido en la *tesis tradicional*, la prestación característica constituye “aquella por la que se debe el pago”, esto es, la “prestación no dineraria”⁴⁰² o aquella que “da su nombre al contrato”⁴⁰³. En este sentido, la prestación característica coincide con la prestación que diferencia un contrato de los demás.

340. En principio y con carácter general, un grupo de contratos internacionales se rige por la teoría “tradicional” de la prestación característica (la prestación característica coincide con la prestación no dineraria). Son, entre otros, los siguientes⁴⁰⁴: contratos unilaterales, contratos bilaterales y sinalagmáticos en los que se intercambia un bien o servicio por dinero y contratos que implican un intercambio de prestaciones de la misma naturaleza. No obstante, la entrega de dinero también puede encajar con la prestación característica de un contrato⁴⁰⁵.

341. Y, según lo estipulado en la *tesis reformulada por el Reglamento “Roma I”*, para los contratos sinalagmáticos que tengan por objeto el intercambio de cosa o servicio

⁴⁰¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 709-711. Exponen las distintas tesis acerca del concepto y la identificación de la prestación característica.

⁴⁰² M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, [DOCE, núm. 327, de fecha 11 diciembre 1992], p. 19; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 292; J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50 «...l'autre contractant devra s'acquitter d'une prestation spécifique portant sur un bien ou un service, qui donne au contrat sa physionomie ».

⁴⁰³ C. H. VON BAR, *Internationales Privatrecht*, vol. II, Beck, München, 1991, p. 365.

⁴⁰⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 196-197; M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5303.

⁴⁰⁵ L. F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41, hace referencia a la ST AP Vizcaya de 5 de noviembre de 2003 que manifiesta “siendo el contrato de compraventa sinalagmático, bilateral y generador de obligaciones mutuas, tanto la obligación de entrega de la cosa vendida como la de abono de precio son correlativas y de igual rango, no pudiendo mantenerse válidamente, como sostiene la parte apelante, que la ley aplicable será la inglesa por ser la obligación de entrega la característica de la compraventa, cuando equivalente a la misma es el abono del precio, presentando la obligación vínculos más estrechos con España, toda vez que desde este país se solicitaron las mercancías y en España se entregaron a la parte apelante”. En la misma línea, F. VISCHER, “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520, esp. pp. 508 y ss. « *The concept of the characteristic performance should not be equated with the preference given to the non-pecuniary side of the contract* ».

por dinero, la prestación característica se corresponde con la prestación no dineraria. Sin embargo, para el resto de supuestos que se concretan en los contratos mixtos y complejos, la prestación característica se determina *en función de su centro de gravedad* (Cons. 19 Reg. Roma I). El *centro de gravedad* del contrato se concreta a partir de un análisis de la estructura del contrato y del equilibrio de las prestaciones que formen parte del mismo (Cons. 17 Reg. Roma I⁴⁰⁶).

342. En sintonía con ello, otros grupos de contratos internacionales dificultan la precisión de la prestación característica⁴⁰⁷. Son, entre otros, los siguientes: contratos *atípicos* (el contrato de multipropiedad o el contrato de *leasing*) y contratos *mixtos* o complejos⁴⁰⁸ (el contrato *joint-venture*). La fijación de la prestación característica de este tipo de contratos se realiza en virtud de la determinación del “*centro de gravedad del contrato*”. En palabras del legislador de la UE, el “*centro de gravedad del contrato*” lo constituye la prestación *más compleja*.

343. Ahora bien, ¿Cuál es la prestación que debe considerarse *más compleja* en la celebración de un contrato internacional? La pregunta no encuentra más que una respuesta fundada en hipótesis carentes de objetividad. Cada parte contratante considera que su prestación coincide con la prestación más compleja de la relación jurídica. En la misma línea L. F. CARRILLO POZO⁴⁰⁹ se pregunta cómo es posible determinar una prestación *más* característica. La precisión de una prestación *más* característica, en opinión del autor, “*ha generado inseguridad y se ha prestado a manipulaciones por parte de los jueces*”.

⁴⁰⁶ Cons. 17 Reg. Roma I: “Por lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, los conceptos de «prestación de servicios» y de «venta de mercaderías» deben interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de servicios están cubiertos por dicho Reglamento. Aunque los contratos de franquicias y de distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas”.

⁴⁰⁷ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5303 indica: “...en el caso de contratos mixtos o complejos, cuando las partes combinen en un único contrato prestaciones de diversos tipos contractuales, no deben plantear dificultades especiales siempre que se trate de una combinación o fusión de prestaciones a cargo de una misma parte (= probablemente más razones para la presunción). Cuando, sin embargo, las partes intercambien entre sí prestaciones típicas de contratos distintos (o las combinan entre sí), se examinará si la prestación a cargo de una de ellas “domina” claramente el tipo de intercambio pretendido por las partes. O dicho con otras palabras, si prevalece hasta el punto de caracterizar el contrato (= determina el “programa esencial” del intercambio)”.

⁴⁰⁸ De conformidad con lo establecido por P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *RCDIP*, vol. XCVII, nº 4, 2008, pp. 727-780, esp. p. 742; P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, vol. XLV, nº 6, 2008, pp. 1687-1725 la Ley aplicable a los contratos mixtos o complejos se determinará con arreglo al art. 4.2 Reg. Roma I y una sola Ley regirá el contrato: la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico.

⁴⁰⁹ L. F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41, esp. pp. 33 y ss.

344. En sintonía con ello, la pregunta que se plantea puede concretarse en la siguiente, ¿Cómo se determina la prestación característica en un contrato internacional? La precisión de la prestación característica en una relación contractual se efectúa a partir de la *estructura* del intercambio realizado por las partes⁴¹⁰. En definitiva y en todo caso, la determinación de la prestación característica en una relación jurídica exige el estudio de la *estructura* del intercambio pretendido por las partes contratantes que se corresponde con la *configuración tipológica del contrato en cuestión* (M. VIRGÓS SORIANO⁴¹¹).

345. Sin embargo, la afirmación anterior puede requerir de un complemento. La precisión de la prestación característica en un contrato exige el estudio caso por caso de cuál es la prestación que caracteriza verdaderamente el contrato. En otras palabras, la fijación de la *prestación característica* de un contrato debe realizarse a partir de un análisis de la categoría o *tipo contractual* de que se trate, y no de las *circunstancias fácticas* del contrato⁴¹². La identificación de la prestación característica respecto de un contrato internacional no debe determinarse. Por esta razón, la prestación característica de un contrato se fijará en virtud de la investigación, caso por caso, del centro “económico y funcional” del contrato internacional.

3º) Análisis la teoría de la prestación característica en el Convenio de Roma y en el Reglamento “Roma I”

346. La Ley del país de la residencia habitual del operador jurídico se corresponde con la Ley del país en cuya sociedad el sujeto se halla efectiva y realmente integrado. Ahora bien, la tesis de la prestación característica juega un papel distinto en función del instrumento jurídico al que se haga referencia:

347. *La prestación característica en el Convenio de Roma (1980)*⁴¹³: el Convenio de Roma no definía “prestación característica”⁴¹⁴. En consecuencia, la

⁴¹⁰ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5303 “*Característica es la prestación que aporta los rasgos o propiedades capitales del contrato. En este sentido, es la prestación que mejor refleja o resume los fines económicos típicamente perseguidos por las partes*”.

⁴¹¹ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5303.

⁴¹² M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, [DOCE, núm. 327, de fecha 11 diciembre 1992], p. 19; U. VILLANI, « Aspetti problematici della prestazione caratteristica », *RDIPP*, vol. XXIX, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 518-519.

⁴¹³ En oposición a las críticas de algunos autores, entre ellos H. U. JESSURUM D’ OLIVEIRA, “Characteristic obligation in the Draft EEC Convention”, *AJCL*, vol. XXV, 1977, pp. 303 y ss. Otros, L. F. CARRILLO POZO, *El Contrato Internacional: La prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, pp. 43-51; A. F. SCHNITZER, “Les contrats internationaux en droit

doctrina, la Jurisprudencia y el papel “protagonista” del TJCE debieron contribuir a erradicar, de forma decisiva, las cuestiones que se plantearon acerca de la prestación característica. En este sentido, la prestación característica presentaba, fundamentalmente, dos cualidades⁴¹⁵: ni era exactamente una presunción *iuris tantum* ni tampoco consistía en un criterio de conexión “puro”.

348. En sintonía con lo dispuesto, ¿Qué posición ocupaba la “prestación característica” en el Convenio de Roma? La prestación característica se presentaba como un índice productivo que permitía localizar el ordenamiento jurídico con el que el contrato internacional se encontraba más estrechamente vinculado. El legislador del Convenio de Roma le concedía a la prestación característica el papel de *índice presuntivo privilegiado* (L. F. CARRILLO POZO⁴¹⁶). La individualización de la prestación característica en un Estado miembro concreto se presentaba como un elemento del contrato internacional que “arrastraría” consigo la localización de dicho contrato. La prestación característica constituía el “centro de gravedad del contrato”⁴¹⁷.

349. La aplicación de la presunción de la prestación característica generó división de opiniones en la doctrina. Un sector doctrinal estimaba que la presunción general contenida en el art. 4.2 CR debía aplicarse al contrato internacional como norma primera y, únicamente en aquellos supuestos en los que la parte contratante manifestaba “desacuerdo” con los resultados que alcanzaba su aplicación, dicha parte implicada debía probar que era otra la Ley aplicable⁴¹⁸. Otro sector doctrinal consideraba que la

international privé suisse”, *RCADI*, vol. CXXIII, 1968, pp. 541-636, esp. pp. 571 y ss consideran que la presunción contenida en el art. 4.2 CR basada en la prestación característica constituye una elección acertada por parte del legislador.

⁴¹⁴ A diferencia de la opinión de P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980”, *La Ley*, Año XVI, nº 95, 1995, p. 1, el Convenio de Roma no define “prestación característica”.

⁴¹⁵ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 289 considera que el art. 4.2 CR constituye una « règle – présomption ». Una regla que no resultará aplicable si es posible probar lo contrario de lo que manifiesta.

⁴¹⁶ L. F. CARRILLO POZO, *El Contrato Internacional: La prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 95.

⁴¹⁷ M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825.

⁴¹⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309. A diferencia de la opinión manifestada por M. VIRGÓS SORIANO, L. F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46, esp. p. 15 considera que “Afirmar que hay que aplicar la ley designada por la presunción del párrafo segundo salvo prueba en contra de aquella parte a quien interese la aplicación de otra ley con vínculos más estrechos o que puede el juez apartarse de sus conclusiones sólo en casos excepcionales no es más que modificar la naturaleza de la presunción, que llegaría a absorber la norma de conflicto”.

presunción de la prestación característica se aplicaba en el supuesto de que no existiera una Ley que se correspondiera con la Ley del país que presentaba la vinculación más estrecha con el contrato⁴¹⁹. No obstante, el Juez debía, a través del sistema de presunciones o en consideración a los elementos más vinculados con el contrato, determinar la Ley del país con la que el contrato presentaba los vínculos más estrechos⁴²⁰.

350. La presunción general contenida en el art. 4.2 CR cumplía los requisitos que se le exigían al Derecho de los contratos⁴²¹, puesto que, operaba *ex ante* con objeto de que los contratantes tuvieran conocimiento de la Ley que regulaba el contrato y su fundamento radicaba en un *elemento interno a la economía del contrato*. Además, la presunción general se *adaptaba* al tipo de intercambio pretendido por las partes implicadas sin perjudicar el normal funcionamiento del contrato y facilitaba y potenciaba la función económica del contrato a través de un régimen jurídico uniforme para las partes contratantes con independencia del país en el que éstos se hallaren, lo que les comportaba un ahorro de costes de transacción.

351. Ahora bien, L. F. CARRILLO POZO⁴²² da un paso más. El autor consideró que erigir la presunción de la prestación característica a norma de conflicto de leyes comportaba, “cuando funcionaba”, un privilegio en la distribución de costes para la posición de un solo contratante de forma caprichosa.

352. La presunción general “residencia habitual del prestador característico” permitía al Juez desvirtuar la aplicación de dicha Ley a favor de otra que presentara una vinculación más estrecha en los supuestos siguientes⁴²³: en el caso de *aislamiento del índice presuntivo*, puesto que, el contrato no debía regirse por la Ley del país de la

⁴¹⁹ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. XXXIV, 1995, pp. 274-275.

⁴²⁰ E. CASTELLANOS RUIZ, *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 114-118; A.L. DIAMOND, “Conflict of Laws in the EEC”, *Current Legal Problems*, vol. XXXII, 1979, pp. 155-177; ID., “Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations”, *RCADI*, vol. CXCIX, 1986, pp. 133-321; R. VANDER ELST, “L'unification des regles de conflits de lois dans la CEE”, *Journal des Tribunaux*, 1973, pp. 243-254.

⁴²¹ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309. En oposición a ello, otro sector doctrinal critica duramente la posición de la prestación característica, entre otros, H. U. JESSURUM D' OLIVEIRA, “Characteristic Performance in the Draft EEC Convention”, *AJCL*, vol. XXV, 1977, pp. 303-331.

⁴²² L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46, esp. p. 44.

⁴²³ L. F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41, esp. pp. 39-40.

residencia habitual del prestador característico si este criterio constituía el único punto de conexión con un país determinado, mientras que, el resto de contactos localizaban el contrato en un país distinto del indicado por la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico. En consecuencia, la presunción general de la prestación característica debía ceder ante el principio de proximidad. Y, también, en el supuesto de *residencia – sede – establecimiento ficticios del deudor de la prestación característica*, porque si la Ley de la residencia – sede – establecimiento del deudor de la prestación característica no presentaba vinculación con el contrato, debía descartarse la aplicación de dicha Ley a favor de aquella que resultara previsible para ambas partes contratantes.

353. La aplicación de la teoría de la prestación característica, de conformidad con lo establecido en el Convenio de Roma, planteaba también el supuesto siguiente: ¿Cuál era el alcance procesal del art. 4.2 CR? La carencia o la falta de precisión de la conducta procesal de las partes implicadas en la celebración de un contrato internacional imposibilitaban la activación de la cláusula de libre elección de Ley. En consecuencia, el Juez se hallaba vinculado a determinar, de oficio, la Ley aplicable al contrato tomando en consideración los “criterios de proximidad objetiva” contenidos en el art. 4 CR.

354. Ejemplo. Un ciudadano francés reside cinco meses al año en Francia, donde regenta su establecimiento comercial y el resto del año vive en Italia. El sujeto contrata, con frecuencia, en ejercicio de sus actividades comerciales, con empresarios alemanes. ¿Qué Ley debe regir el contrato internacional? A falta de elección de Ley por las partes contratantes, se presume, salvo prueba en contrario, que la Ley que rige el contrato es la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico. Pues bien: la residencia habitual del ciudadano francés, de conformidad con lo estipulado en el Convenio de Roma, se sitúa en Francia, puesto que, es en este país en el que reside y en el que desarrolla su actividad comercial.

355. La prestación característica en el Reglamento “Roma I”: en defecto de elección de Ley aplicable al contrato internacional por las partes contratantes, ésta debe determinarse con arreglo a la norma especificada para el tipo particular de contrato. En caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la Ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

356. No obstante, el Reglamento “Roma I” tampoco define la noción de “prestación característica” de un contrato. El único atisbo de definición se contempla en la siguiente afirmación: “En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad” (Cons. 19 Reg. Roma I).

357. En síntesis, el concepto “prestación característica” pretende conceder seguridad jurídica y previsibilidad en el resultado para las partes contratantes al incorporar en el proceso de investigación de la Ley aplicable al contrato un elemento

más estable: la prestación característica⁴²⁴. En este sentido, la teoría de la prestación característica sugiere automatismo. El Juez competente para conocer la cuestión controvertida ni interpreta ni investiga la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato. Se limita a aplicar la Ley del país de la residencia habitual de la sede del prestador característico.

4º) Ventajas e inconvenientes que presenta la teoría de la prestación característica

358. La teoría de la prestación característica presenta ventajas e inconvenientes. En particular, ostenta, entre otras, las ventajas siguientes⁴²⁵:

Primera ventaja: *comodidad práctica*. La determinación de la residencia habitual del prestador característico puede resultar más sencilla que la precisión del lugar de ejecución de la prestación característica.

Segunda ventaja: *protección del interés legítimo de las partes contratantes*. El prestador característico es, con frecuencia, un profesional que participa activamente en el tráfico internacional y ve “aventajada” su posición jurídica, puesto que, el contrato internacional se rige por una única Ley, la Ley del país de su residencia habitual. E incluso más, algunos autores⁴²⁶ estiman que el punto de conexión “residencia habitual del prestador característico” se corresponde con un *criterio fundamental de eficiencia económica*, puesto que, la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del

⁴²⁴ F. VISCHER, “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520 manifiesta: el concepto de prestación característica “es una combinación de una consideración ex ante y de una evaluación ex post”. En la misma línea L. F. CARRILLO POZO, *El Contrato Internacional: La prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 129 “Seguramente en la mayor parte de las ocasiones la prestación que se llama característica es, abstractamente considerada, también la prestación central del contrato, pero equiparar a priori ambos conceptos comporta atribuir a la obligación típica del contrato un papel de mayor alcance al que ningún legislador nacional ha querido darle”.

⁴²⁵ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340, esp. p. 308. En la misma línea, otros autores indican la Ley aplicable respecto de determinados contratos. En este sentido, V. BONELLI, “La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux obligations bancaires”, *IBLJ*, nº 3, 1985, pp. 389-404, esp. p. 389; M. PELICHET « Garanties bancaires et conflits de lois », *RDAL*, 1990, pp. 335-356 manifiestan que resultará aplicable al contrato la Ley de « celles de l’assureur, du donateur, du prêteur, de l’entrepreneur, du consultant, de l’enseignant, du banquier ».

⁴²⁶ S. SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales” en J. M. GARCÍA COLLANTES (DIR.) *La unificación jurídica europea: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 139-164, esp. pp. 156-157. Resulta necesario precisar dos cuestiones: 1º) El autor se refiere a “la configuración de la presunción general del artículo 4.2 CR” a la hora de calificarlo como “criterio fundamental de eficiencia económica” y 2º) La reducción de los “costes jurídicos de la operación” no coincide con el término “costes globales” del negocio. En este sentido, no compartimos la opinión del autor. Aplicar la Ley de la residencia habitual del prestador característico no favorece a la otra parte contratante en tanto en cuanto un litigio posterior le comportará elevadísimos costes de información y adaptación al Derecho del prestador característico (= costes globales altísimos). En consecuencia, lo que en un primer momento resultó “barato” para la parte contratante “no característica”, le resulta muy “caro” en un momento ulterior. El coste global al que se enfrenta, únicamente la parte contratante “no característica” si se aplicara la Ley del prestador característico, es muy elevado.

prestador característico al contrato comporta una reducción, para las partes contratantes, de los costes jurídicos de la operación.

359. En sintonía con ello, la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico como Ley reguladora del contrato se justifica, entre otros, en los motivos siguientes⁴²⁷:

El primero consiste en *favorecer la aplicación de la “Ley de la empresa”*. La aplicación de la Ley del país donde normalmente opera el *prestador característico*, incentiva a éste en la contratación internacional. La aplicación de su propia Ley, con la que está habituado a contratar, privilegia al contratante que afronta más gastos y soporta obligaciones más onerosas para poder ofrecer al mercado internacional los bienes o servicios⁴²⁸. El contratante que realiza la prestación característica del contrato coincide con la parte que más arriesga⁴²⁹. En consecuencia, el DIPr. le incentiva a contratar proclamando la aplicación de la Ley del país donde normalmente opera social y económicamente⁴³⁰: se aplica la Ley del país en cuyo contexto socio-económico se inserta el contrato. En otras palabras, favorece lo que M. VIRGÓS SORIANO⁴³¹ llama la “localización *eficiente* del contrato”: el DIPr. potencia así la *eficiencia*, la solución que menos costes genera.

El segundo motivo se fundamenta en la *potenciación la seguridad jurídica*. El criterio de conexión “residencia habitual del prestador característico” proporciona una precisión *rápida y directa* de la Ley aplicable al contrato. La aplicación de la Ley de la residencia habitual del prestador característico permite concretar la noción “*país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos*”⁴³². De este modo, la presunción, indica P.

⁴²⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream of Commerce*”, en A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119.

⁴²⁸ O. LANDO, “The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations. Introduction and Contractual Obligation”, *RabelsZ*, n° 38, 1974, pp. 6-55; TH.M. DE BOER, “The EEC Contracts convention and the Dutch Courts, A Methodological Perspective”, *RabelsZ*, n° 54, 1990, pp. 24-62; P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340, esp. pp. 307-309; A. BONOMI, “Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti, la convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore”, *Banca, Borsa, titoli di credito*, n° 55, 1992-I, pp. 36-107.

⁴²⁹ U. VILLANI, “Aspetti problematici della prestazione caratteristica”, *RDIPP*, vol. XXIX, 1993, pp. 513-540, esp. p. 520; F. VISCHER, “The principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention”, en K. LIPSTEIN (ED.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, University of London, London, 1978, pp. 25-30.

⁴³⁰ A. F. SCHNITZER, « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *RCADI*, vol. CXXIII, 1968, pp. 541-636; M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, [DOCE, núm. 327, de fecha 11 diciembre 1992].

⁴³¹ M. VIRGÓS SORIANO, “La Ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5305.

⁴³² U. VILLANI, “Aspetti problematici della prestazione caratteristica”, *RDIPP*, vol. XXIX, 1993, pp. 513-540, esp. p. 521; M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, [DOCE, núm. 327, de fecha 11 diciembre 1992], p. 19.

LAGARDE, es especialmente útil en relación con los contratos que presentan elementos espacialmente muy dispersos, esto es, contratos que presentan contactos con múltiples países⁴³³.

360. Sin embargo, la teoría de la prestación característica también ha sido objeto de duras críticas ante las que el legislador de la UE ha guardado silencio. Las críticas que recaen sobre la teoría de la prestación característica pueden concretarse en tres grandes bloques⁴³⁴:

Primer bloque: *crítica política*. La teoría de la prestación característica refuerza únicamente la posición del contratante “fuerte”. En este sentido, una empresa exportadora del primer mundo y/o una empresa multinacional ven favorecida su posición, puesto que, su Derecho resulta aplicable a la controversia, frente a una empresa de un país pobre y/o un comerciante minorista⁴³⁵. Por esta razón, resulta probable que la aplicación de la Ley del prestador característico favorezca a la parte “fuerte” del contrato (bancos, empresas, etc.) frente a la parte “débil” en el mismo (consumidores, particulares, etc). La prestación característica del contrato se muestra como “*a functional and loyal handmaiden of capitalist society*” (H. U. J. D’OLIVEIRA⁴³⁶).

Segundo bloque: *crítica interna*. Cada “tipo contractual” puede presentar prestaciones características distintas y no una sola⁴³⁷. E incluso más, la globalización favorece la celebración de contratos internacionales atípicos y complejos que dificultan la precisión de la prestación característica del mismo⁴³⁸. Por estas razones, el alcance

⁴³³ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287 -340, esp. p. 310.

⁴³⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream of Commerce*”, en A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119.

⁴³⁵ M. FRIGO, “La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella Convenzione di Roma” en G. SACERDOTI / M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2ª edición, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 17-34; A. GIARDINA, “La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e l’ordinamento italiano”, *RDI*, vol. LXIV, 1981, pp. 795-820; F. K. JUENGER, “The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations”, *Virginia Journal of International Law*, vol. XXII, 1981, pp. 123-141; H. U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention”, *AJCL*, vol. XXV, 1977, pp. 303-331.

⁴³⁶ H. U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Characteristic Obligation” in the draft EEC Convention”, *AJCL*, vol. XXV, 1977, pp. 303-331, esp. p. 327.

⁴³⁷ H. U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention”, *AJCL*, vol. XXV, 1977, pp. 303-331; U. VILLANI, “Aspetti problematici della prestazione caratteristica”, *RDIPP*, vol. XXIX, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 524-525.

⁴³⁸ G. KAUFMANN-KOHLER, “La prestation caractéristique en droit international privé”, *SJIR*, vol. XLV, 1989, pp. 195 y ss; ID, «La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l’influence de la Suisse », *ASDI*, 1989, pp. 195-220; H. GAUDEMET-TALLON, « Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE n ° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980) », *RTDE*, vol. XVII, 1981, pp. 215-285.

real de la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico resulta limitado: la determinación de la prestación característica en un contrato internacional se efectúa respecto de aquellos negocios que implican un intercambio de cosa o servicio por dinero. En consecuencia, la teoría de la prestación característica no opera en aquellos supuestos en los que el pago del precio comporta una prestación tan compleja como la prestación no dineraria⁴³⁹.

Tercer bloque: *crítica sustancial*. La aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico tiene lugar si la relación jurídica se celebra entre un profesional de la contratación internacional, que se corresponde con el prestador característico, y un sujeto no profesional, que coincide con el cliente⁴⁴⁰. Por esta razón, la tesis de la prestación característica no debe aplicarse ni a los contratos en los que el prestador característico sea un sujeto “no profesional” ni tampoco respecto a aquellos contratos en los que ambas partes sean “profesionales” de la contratación internacional.

361. En sintonía con ello, en al menos tres supuestos⁴⁴¹ el punto de conexión “residencia habitual del prestador característico” conduce a la Ley de un país cuya aplicación resulta imprevisible para las partes contratantes y les comporta elevados “costes conflictuales”: el primer caso coincide con la celebración de *contratos entre profesionales de la contratación internacional*⁴⁴², puesto que, aplicar la Ley del país de la sede del prestador característico carece de sentido si ambas partes son profesionales de la contratación internacional. El segundo supuesto se refiere a la celebración de un *contrato entre prestador característico no profesional de la contratación internacional y prestador no característico que sí es un profesional de la contratación internacional*. La Ley del país de la residencia habitual del prestador característico no conduce a aplicar la Ley del profesional y, por tanto, ni potencia ni incentiva la contratación

⁴³⁹ L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional, la prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, pp. 121-129; G. ALPA / M. BESSONE, “La convenzione di Roma sulla legge applicabile in materia di obbligazioni. Aspetti civilistici”, *Giurisprudenza italiana*, vol. CXXXV, 1983-I, pp. 107-125.

⁴⁴⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream Of Commerce*” en A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO – MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 292-294; F. VISCHER, “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520.

⁴⁴¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2004, p. 161.

⁴⁴² De la misma opinión, entre otros, A. KASSIS, *Le Nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 295; F. VISCHER, “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *E pluribus Unum / Liber amicorum G. A. L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520; TH. M. DE BOER, “The EEC Contracts convention and the Dutch Courts. A Methodological Perspective”, *RabelsZ*, nº 54, 1990, pp. 24-62; H. GAUDEMET TALLON, “Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)”, *RTDE*, vol. XVII, 1981, pp. 215-285; M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relative al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, [DOCE, núm. 327 de fecha 11 diciembre 1992]; M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales” en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS (DIR.), *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6ª edición, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 108-144.

internacional. El tercer asunto alude a la *sede ocasional del prestador característico*, ya que, conduce a la Ley de un Estado que no constituye el “entorno comercial natural” del prestador característico.

362. Ejemplo. La empresa FRANKF, con administración central en Berlín y domicilio social en Ginebra, cede ciento cincuenta ordenadores en régimen de *leasing* con opción de compra a la empresa LIMOUS, con sede en París. El contrato no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. Se plantean problemas respecto al precio final de los ordenadores, por lo que, es necesario precisar la Ley que rige el contrato.

363. La tabla siguiente pone de relieve un análisis de la Ley reguladora del contrato internacional desde el punto de vista de la *eficiencia*:

Tabla núm: 4. Contrato de leasing. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del prestador característico en el supuesto de que ambos particulares lo sean.

	Coste de aplicación de la Ley de la sede del prestador alemán (Ley alemana)	Coste de aplicación de la Ley de la sede del prestador francés (Ley francesa)
Empresa FRANKF	10	90
Empresa LIMOUS	90	10
Total	= 100	= 100

364. En el supuesto planteado, ambas partes contratantes son profesionales de la contratación internacional. Por esta razón, resulta imposible dilucidar qué particular implicado debe considerarse “prestador característico” en el negocio internacional. Ambos arriesgan en la misma medida y quedan vinculados al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. En el caso de que una de las partes incumpla lo estipulado en el contrato, la demanda de información jurídica y la adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho del Estado que se aplique, tendrá lugar en la misma medida para ambas partes contratantes. En consecuencia, aplicar al contrato internacional la Ley del país de la residencia habitual de cualquiera de los particulares implicados – alemán o francés – genera costes conflictuales muy elevados para su contraparte y pone en peligro la realización del negocio internacional.

365. Ejemplo. La empresa CACER con sede en España se dedica a la adquisición de coches de lujo antiguos. Por esta razón, celebra varios contratos de compraventa con distintos particulares. En concreto durante el mes de junio 2010 celebra contratos de adquisición de coches de lujo antiguos con ciudadano griego, alemán e italiano.

366. La tabla siguiente muestra un análisis desde la perspectiva económico – conflictual respecto de la Ley reguladora del contrato internacional:

Tabla núm: 5. Contrato de compraventa de coches de lujo. Análisis económico del criterio de la sede del prestador no característico (profesional de la contratación) en comparación con el criterio de la residencia habitual del prestador característico.

	Coste de aplicación de la Ley de la sede el prestador no característico (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley de la residencia habitual del prestador característico (Ley griega)
Empresa CACER	10	90
Particular griego	90	10
Total	= 100	= 100
	Coste de aplicación de la Ley de la sede el prestador no característico (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley de la residencia habitual del prestador característico (Ley alemana)
Empresa CACER	10	90
Particular alemán	90	10
Total	= 100	= 100
	Coste de aplicación de la Ley de la sede el prestador no característico (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley de la residencia habitual del prestador característico (Ley italiana)
Empresa CACER	10	90
Particular italiano	90	10
Total	= 100	= 100

367. El asunto sugerido hace referencia a la celebración de un contrato entre prestador característico no profesional de la contratación internacional, que es el particular griego, alemán e italiano, y prestador no característico que sí es un profesional de la contratación internacional, en particular, una empresa española.

368. Los costes conflictuales que ha tenido que soportar la empresa CACER durante el mes de junio han sido elevadísimos, puesto que, la celebración de contratos con ciudadanos de distintos países de la UE le ha obligado a informarse y adaptar su comportamiento jurídico al Derecho griego en la celebración del contrato con el particular griego, al Derecho alemán en la celebración del contrato con el sujeto alemán y al Derecho italiano en la celebración del contrato con el ciudadano italiano. Por esta razón y en este supuesto, la aplicación al contrato internacional de la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico – particular griego, alemán e italiano – no conduce a aplicar la Ley del profesional – empresa CACER – y, en consecuencia, la aplicación de dicha Ley estatal ni potencia ni incentiva la contratación internacional.

369. Tales críticas evidencian la afirmación de G. KAUFMANN-KOHLER⁴⁴³ “*El concepto de prestación característica está en pleno proceso de erosión*”. Si bien “*La*

⁴⁴³ G. KAUFMANN-KOHLER, “La prestation caractéristique en droit international privé”, *SJIR*, vol. XLV, 1989, pp. 195 y ss. Para esta autora, la determinación de la prestación característica en un contrato internacional para regir la Ley aplicable al mismo se considera, a menudo en la actualidad, inadaptada a la

presunción sólo tiene sentido cuando puede operar con una cierta seguridad (= automaticidad y simplicidad)” (M. VIRGÓS SORIANO⁴⁴⁴).

5º) Lagunas legales que presenta la teoría de la prestación característica y los mecanismos jurídicos dirigidos a su integración

370. La tesis de la prestación característica presenta, principalmente y entre otras, las siguientes lagunas legales⁴⁴⁵: los contratos sin prestación característica, el prestador característico no profesional y los contratos entre profesionales de la contratación internacional.

371. Primera laguna legal: *contratos sin prestación característica*. El contrato que no responde al esquema “intercambio de cosa o servicio por dinero” dificulta, e incluso en determinados supuestos imposibilita, la fijación de la prestación característica⁴⁴⁶. ¿A través de qué mecanismo se precisa la Ley aplicable a los contratos carentes de prestación característica? La mayor parte de la doctrina trata de dilucidar cuál es la prestación *más característica* o la *más importante*. En palabras de H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA⁴⁴⁷, la determinación de la Ley aplicable respecto a este tipo de contratos ocasiona el *síndrome de la “lucha por la prestación característica”*. No obstante, la fijación de la prestación más característica favorece la aplicación de la Ley de un Estado que resulta imprevisible para las partes contratantes. Otro sector doctrinal⁴⁴⁸ considera, que

evolución de las condiciones económicas, sociales y políticas, así como a la evolución de derecho material y de método conflictual.

⁴⁴⁴ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5304 y p. 5305 ejemplifica que los contratos de sociedad, en su sentido más amplio, no se consideran aptos para el juego de la presunción (art. 4.2 CR). La precisión de la Ley aplicable respecto de tales contratos se efectuará en atención a la regla general de los vínculos más estrechos.

⁴⁴⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream of Commerce*”, en A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 288-289.

⁴⁴⁶ U. VILLANI, “Aspetti problematici della prestazione caratteristica”, *RDIPP*, vol. XXIX, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 524-525; F. BONELLI, “La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires”, *IBLJ*, n° 3, 1985, pp. 389-404; M. FRIGESSI DI RATTALMA, « I contratti bancari internazionali alla luce della Convenzione di Roma », en G. SACERDOTI / M. FRIGO, *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2ª edizione, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 151-168.

⁴⁴⁷ H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, “Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention”, *AJCL*, vol. XXV, 1977, pp. 303-331.

⁴⁴⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5304 estima que la Ley de la residencia habitual del prestador característico opera con automatismo y simplicidad respecto de los contratos que encajan en el esquema “intercambio de cosa por dinero”. En la misma línea, y en referencia al contrato de franquicia, P. LAGARDE, “Le nouveau droit

la teoría de la prestación característica fue diseñada para aquellos contratos que encajen en el esquema “intercambio de cosa o servicio por dinero”.

372. Segunda laguna legal: *el prestador característico no profesional*. La celebración de un contrato en el que una de las partes no sea profesional de la contratación internacional no justifica la aplicación de la Ley del país de la sede del prestador característico⁴⁴⁹. En este sentido, en determinados supuestos, la Ley del Estado de la residencia habitual del prestador característico no se corresponde con la Ley del país más vinculado con el contrato. La Ley del país de la sede del profesional “traiciona” el principio de proximidad que es el que la justifica. Por esta razón, el contrato debe regirse por la Ley del país con el que presenta la vinculación más estrecha, una Ley estatal que resulte previsible para ambas partes contratantes y les comporte mínimos costes conflictuales.

373. Tercera laguna legal: *contratos entre profesionales de la contratación internacional*. En los contratos celebrados entre profesionales del comercio internacional, aplicar la Ley del país de la sede del prestador característico constituye una *solución arbitraria*: ¿Por qué hay que favorecer a una de las partes contratantes, proclamando la aplicación de la Ley de su país, en perjuicio de la otra parte contratante? Ambos sujetos son *profesionales* que poseen una estructura empresarial costosa y ambos arriesgan lo mismo en la contratación internacional. El profesional exportador precisa una fuerte estructura empresarial para producir y exportar las mercancías. Pero un profesional importador también necesita mantener una estructura empresarial sólida, puesto que, debe adaptarse a la legislación sobre control de cambios, procurar un seguro a la operación, inspeccionar la mercancía remitida y sus defectos, contratar un transporte de los productos, distribuir el pago del precio en sucesivas entregas, -caso de la venta a plazos-, etc⁴⁵⁰.

374. La pregunta que se plantea es la siguiente, ¿Resulta posible la integración de las lagunas legales que recaen sobre la teoría de la prestación característica? Diversos mecanismos tratan de integrar las lagunas legales⁴⁵¹.

375. Integración de la primera laguna legal: *contratos sin prestación característica*. El intérprete debe hallar la Ley estatal aplicable al contrato a partir de una valoración global de todos los elementos y contactos que el contrato presente con los distintos países, en virtud del proceso “*Counting and weighting contacts*”. No obstante, resulta posible en determinados contratos dilucidar elementos significativos que pueden utilizarse para detectar la Ley del país más vinculado con el contrato.

international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340. Y al contrato de *engineering* U. VILLANI, “Aspetti problematici della prestazione caratteristica”, *RDIPP*, vol. XXIX, 1993, pp. 513-540, esp. p. 529.

⁴⁴⁹ T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª edizione, Cedam, Padova, 1999, p. 612; F. VISCHER, “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *E pluribus Unum / Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520, esp. p. 509.

⁴⁵⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011, p. 223.

⁴⁵¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream of Commerce*”, en A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119.

376. Ejemplo. Se celebra un contrato de edición entre el editor (sujeto profesional) y el autor de la obra (sujeto no profesional). De este contrato surgen obligaciones para las dos partes contratantes: el editor se obliga al pago, a dar forma a la obra del autor, a promocionar su venta, etc., mientras que, el autor queda vinculado al pago para publicar su obra y, en ocasiones, a la cesión de la misma. Por estas razones, en el contrato de edición no es posible, en la mayoría de los asuntos, diferenciar la prestación característica. En consecuencia, resulta necesaria la utilización de elementos significativos que permitan detectar la Ley del país más vinculado con el contrato. En particular y respecto al contrato de edición, tales elementos pueden concretarse, entre otros, en los siguientes: la residencia habitual de los contratantes, el país en el que la obra protegida será distribuida, especialmente si se trata de un único país, el país hacia el que se dirige la “oferta de celebración del contrato de edición” (*International Stream-of-Commerce*). E incluso más, en el caso de un contrato de edición de una obra para ser publicada en múltiples países, es relevante también el lugar de celebración y/o negociación del contrato.

377. Integración de la segunda laguna legal: el prestador característico no profesional. El intérprete debe considerar “la sede del contratante profesional” como vínculo con *elevado potencial localizador*, puesto que, la Ley del país de la sede del contratante profesional se corresponde con la Ley estatal más vinculada con el contrato, frente a la situación del particular que participa mínima y ocasionalmente en el comercio internacional. Por esta razón, la Ley de la sede del contratante profesional coincide con la Ley del país que ambas partes contratantes esperan ver aplicada al contrato internacional, es la Ley que presenta alto grado de previsibilidad.

378. Ejemplo. El representante de una empresa con sede en Bruselas se dedica a la adquisición de figuras egipcias de particulares. El representante de la empresa belga contrata con sujetos de Francia, Italia y España. El contrato se regirá por la Ley del país de la sede de la empresa (Ley belga), puesto que, el representante de la empresa ocupa la posición de prestador característico y es quien participa activamente en el comercio internacional.

6º) La Ley del país de la residencia habitual del prestador característico como Ley aplicable al contrato internacional: ¿punto de conexión eficiente?

379. ¿Por qué la prestación característica de un contrato se corresponde con la Ley del país de la residencia habitual y no con una norma distinta? En principio, resulta indiferente para las partes contratantes que la norma de conflicto de leyes utilice el punto de conexión “residencia habitual del prestador característico” o “lugar de ejecución del contrato”. No existe un argumento que conceda preferencia al primer punto de conexión frente al segundo, con la excepción de que el contrato presente una vinculación más estrecha con la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico que con la Ley del Estado del lugar de ejecución⁴⁵².

⁴⁵² A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 298.

380. Algunos autores⁴⁵³ consideran que el criterio de conexión “lugar de residencia habitual de la parte que realiza la prestación característica” supone una localización *eficiente* del contrato. M. VIRGÓS SORIANO⁴⁵⁴ justifica la *eficiencia* del punto de conexión “residencia habitual del prestador característico” a partir de las afirmaciones siguientes: las obligaciones que debe realizar el prestador característico son *típicamente más complejas* y la *especificidad de las inversiones* para su producción exige el cálculo anticipado de sus costes. Además, las obligaciones que debe realizar el prestador característico comportan mayores costes de información, medición y ejecución derivados de la diversidad legislativa. E incluso más, el punto de conexión “residencia habitual del prestador característico” resulta fácilmente reconocible por la otra parte contratante. En sintonía con ello, la elección por parte del legislador del punto de conexión “residencia habitual del prestador característico” en materia contractual permite⁴⁵⁵: reducir los costes de celebración y regulación de los contratos, facilitar la división de tareas a la parte contratante que realiza la prestación característica, coordinar y planificar la actividad empresarial y posibilitar el cálculo anticipado de los costes de producción de bienes y servicios.

381. Sin embargo, ¿Constituye la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico una norma de conflicto de leyes *objetiva* y *eficiente* que conduce a resultados *justos*? En la normalidad de los supuestos, la aplicación de la Ley estatal de la residencia habitual del prestador característico presentará una estrecha conexión con el contrato, “*por sus propios méritos y porque no será extraño que en ese Estado se haya concluido o se tenga que ejecutar el contrato*” (L. F. CARRILLO POZO⁴⁵⁶). En conclusión, en el ámbito contractual es la Justicia conflictual, y no la Justicia material, la que ocupa el centro de los objetivos del sistema⁴⁵⁷. Ahora bien, para responder a la pregunta formulada resulta necesario elaborar un análisis *económico* de la teoría de la prestación característica.

⁴⁵³ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5305.

⁴⁵⁴ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. pp. 5305 y 5306 considera también que “*el Derecho aplicable al contrato opera para quien realiza la prestación característica como una especie de condiciones generales de la contratación de segundo nivel. En efecto, las mismas razones que justifican el empleo por los agentes económicos de condiciones generales de la contratación, justifican que la actividad contractual de esos agentes y sus condiciones generales de la contratación queden sometidas a su Derecho*”.

⁴⁵⁵ J. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 28 y ss.

⁴⁵⁶ L. F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41, esp. p. 38.

⁴⁵⁷ L. F. CARRILLO POZO, *El Contrato Internacional: La prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 140.

382. Ejemplo. Una empresa mejicana celebra un contrato de compraventa con un particular español en la estación de tren *Hauptbahnhof* en Berlín por el que el sujeto español adquiere una partida de trajes típicos mejicanos. El encuentro entre el ciudadano mejicano y el individuo español en Berlín no es casual, puesto que, ambos han concluido numerosos negocios en Alemania. Por esta razón, acuerdan la entrega de la mercancía y el pago del precio en la misma estación de tren en la que han celebrado el contrato. En el momento de entrega de la mercancía, el particular español observa que los trajes típicos mejicanos que solicitó no se ajustan a las características estipuladas en el contrato. En consecuencia, y ante el incumplimiento de lo establecido en el contrato por parte de la empresa mejicana, ¿Qué Ley resultará aplicable al mismo?

383. El Reglamento “Roma I” lo tiene claro: el contrato de compraventa, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes contratantes, se rige por la Ley del país de la residencia habitual del vendedor (art. 4.1 a) Reg. Roma I). Por esta razón, el tribunal ante el que se plantea la controversia, calificará el contrato como compraventa y le aplicará la Ley del Estado de la residencia habitual del vendedor. El contrato celebrado entre empresa mejicana (parte vendedora) y particular español (parte compradora) se rige por la Ley mejicana.

384. ¿Es, en este ejemplo, la Ley mejicana la Ley del país que comporta menores costes conflictuales a ambas partes contratantes?

Tabla núm: 6. Contrato de compraventa de trajes. Análisis económico del criterio de la sede y/o residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio de la celebración y ejecución del contrato.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede del vendedor (Ley de Méjico)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley alemana)
Empresa MEJICANA	10	90	30
Empresa ESPAÑOLA	90	10	30
Coste total	= 100	= 100	= 60

385. La tabla pone de relieve, fundamentalmente, los datos siguientes:

386. La aplicación al contrato de la Ley del país de la sede del vendedor, que es la Ley mejicana, comporta una solución *ineficiente* desde la perspectiva conflictual, puesto que, genera costes conflictuales muy elevados para el comprador y muy reducidos para el vendedor. En consecuencia, únicamente favorece a una sola de las partes contratantes. Y la aplicación al contrato de la Ley del país de la residencia habitual del comprador, que se corresponde con la Ley española, proporciona una solución también *ineficiente* porque el vendedor deberá soportar costes conflictuales muy elevados, mientras que, el comprador sufrirá costes conflictuales muy reducidos. En sintonía con ello, la aplicación al contrato de la Ley del país de la sede del vendedor y/o de la Ley del país de la residencia habitual del comprador pone en peligro la celebración del intercambio internacional. Es muy posible que las partes implicadas no estén dispuestas a soportar costes conflictuales tan elevados.

387. No obstante, la Ley alemana se corresponde con la Ley del Estado que los particulares implicados tenían en mente en el momento de la celebración del contrato, puesto que, es la Ley que cubre sus expectativas jurídicas. Por esta razón, la aplicación al contrato de la Ley alemana comporta una distribución *eficiente* de los costes conflictuales entre ambas partes contratantes que potenciará y facilitará la realización efectiva del intercambio internacional.

c) Ley del país hacia el que se dirige la oferta (Tesis de la “*International Stream of Commerce*”)

388. La teoría de la “*Stream of Commerce*” constituye el mecanismo de integración destinado a sufragar la tercera laguna legal de la teoría de la prestación característica: *contratos entre profesionales de la contratación internacional*.

1º) Configuración de la tesis de la “*International Stream of Commerce*”

389. La teoría de la *International Stream of Commerce* consiste en lo siguiente: el individuo participa en un mercado “extranjero” con el fin de obtener grandes y numerosas ventajas económicas. Por esta razón, su decisión de intervenir activamente en el comercio “extranjero” constituye la internacionalización del contrato. La parte contratante crea una “corriente de comercio internacional” (*International Stream of Commerce*) hacia dicho país.

390. El individuo es consciente del riesgo que comporta la participación en mercados “extranjeros”. El riesgo se traduce en soportar la carga de la aplicación de la Ley del mercado “extranjero” en el que opera, puesto que, dicha Ley se corresponde con la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato internacional y, con la Ley estatal que ofrece mayor previsibilidad para ambas partes contratantes.

391. La internacionalización del contrato y la creación de una *International Stream of Commerce* se producen, con carácter general, en los casos siguientes⁴⁵⁸: en el

⁴⁵⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream of Commerce*”, en A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119. En particular, el autor pone de manifiesto las aplicaciones de la tesis de la “*International Stream of Commerce*”: 1º) *Contratos de consumidores*. El contrato se registrará por la Ley del país de residencia del consumidor si la empresa realizare actos que comporten su intervención en el mercado de la residencia habitual del consumidor. 2º) *Competencia Judicial Internacional en relación con los contratos de consumidores*. El Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 (art. 15) ha acogido el criterio, particularmente válido para los contratos celebrados en Internet. El comerciante internacionaliza el contrato en la medida en que dirige sus actividades al país de residencia del consumidor. Por esta razón, el comerciante asumirá el riesgo de ser demandado en el país de residencia habitual del consumidor. 3º) *Competencia Judicial Internacional en Estados Unidos*. La determinación de la competencia judicial internacional del tribunal del Estado en el ámbito de la responsabilidad del fabricante por daños derivados de sus productos. El fabricante podrá ser demandado en el país en el que difunde sus productos. 4º) Convenio de La Haya de 1955 sobre venta de objetos muebles corporales (art. 3). El legislador consideró que el riesgo de internacionalidad creado por la parte contratante permite que el contrato de venta de objetos muebles corporales se rija por la Ley del país hacia el que se dirige la oferta.

supuesto de *publicidad previa que incita a contratar*. El país que se halla más estrechamente vinculado con el contrato es el Estado en el que la parte contratante profesional difunde la publicidad. Y en el caso de *oferta de contrato dirigida especialmente a empresas de un país determinado*. El contrato se regula por la Ley del país hacia el que se dirige la oferta de contrato por constituir el país más estrechamente vinculado.

392. Ejemplo. El representante comercial de una empresa con sede en Italia se traslada a España con objeto de captar nuevos clientes. En caso de celebrarse un contrato entre el representante italiano y el representante español, la Ley aplicable al mismo será la Ley española. El ciudadano italiano es consciente y asume la carga de la aplicación de la Ley del país hacia el que dirige la “corriente de comercio internacional”. Ahora bien, si el “nuevo cliente” español decide trasladarse al país en el que se halla la sede de la empresa del vendedor (Italia), se presume que el representante español acepta la aplicación al contrato internacional de la Ley de la sede de la empresa del vendedor. La Ley italiana regirá el contrato.

393. La tesis de la *International Stream Of Commerce* presenta, entre otras, las ventajas siguientes: la parte contratante que crea una corriente de comercio internacional hacia el país que dirige la publicidad u oferta, es consciente de que con su acción, internacionaliza el contrato y debe soportar la carga de aplicación de la Ley de dicho país. Y, además, la Ley del país hacia el que se dirige la publicidad u oferta se corresponde con una Ley previsible para ambas partes contratantes y, por esta razón, les comporta mínimos costes conflictuales a ambos particulares implicados.

394. No obstante, la teoría de la *International Stream Of Commerce* también ha sido objeto de críticas, entre otras, resulta posible enumerar las siguientes⁴⁵⁹:

Primera crítica: *el sujeto que recibe la oferta en su país siempre dispone de la opción de rechazarla*. La aceptación por parte del sujeto que recibe la oferta en su país realizada por un individuo de distinto Estado, le vincula para formar parte del “riesgo internacional” que contiene el negocio jurídico, puesto que, nada ni nadie le obliga a contratar con empresas o sujetos de un país distinto al que pertenece⁴⁶⁰. Sin embargo, el sujeto que lanza su oferta con destino a otro país dispone de un mayor control sobre el riesgo de internacionalidad frente al sujeto que recibe la oferta. Por esta razón, la aplicación al contrato de la Ley del país de recepción de la oferta comporta costes conflictuales reducidos para ambas partes contratantes.

Segunda crítica: *el criterio de la International Stream Of Commerce no puede operar en los supuestos de “Invitation to Trade”*, puesto que, no existe una oferta de contrato. Ahora bien, la “oferta a hacer ofertas” constituye una iniciativa comercial dirigida a un mercado extranjero. Por esta razón, la solución más *eficiente* sería que

⁴⁵⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 228-229.

⁴⁶⁰ F. J. GARCIMARTÍN, “La racionalidad económica del Derecho internacional privado” en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2001*, Secretaría de Publicaciones, Universidad del País Vasco, 2002, pp. 88-154, esp. p 147 “*el riesgo de internacionalidad lo generan ambas partes*”.

dicho contrato se regulara por el Derecho del Estado hacia el que se dirigió la “invitación a negociar”.

395. La pregunta que se plantea es la siguiente, ¿Qué Ley resultará aplicable a aquellos contratos en los que ambas partes son *profesionales de la contratación internacional* y no se observan rasgos de *International Stream Of Commerce*? La solución puede partir de esta afirmación⁴⁶¹: resulta necesario valorar los distintos datos que vinculen la operación contractual y la estructura del contrato (residencia de las partes, tipo contractual, naturaleza de la prestación, etc.). El punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes en la esfera de la contratación internacional, no puede determinarse tomando en consideración la condición subjetiva del individuo que participa en el intercambio transnacional, sino que, se precisará en atención a los distintos contactos que el contrato presenta con los diferentes Estados.

396. Ahora bien, la teoría de la “esfera de dominio legal”⁴⁶² expresa que los individuos que participan en una relación jurídica de carácter internacional prefieren que el contrato se regule por una Ley estatal que les resulte *familiar*⁴⁶³, esto es, la Ley de un país cuyo contenido conozcan perfectamente y con la que estén habituados a contratar. En sintonía con ello, cada parte contratante tiene conocimiento, normalmente, del Derecho material del país de su nacionalidad y/o del Estado en el que reside habitualmente. *A sensu contrario*, el particular implicado en la celebración de un contrato internacional evita la aplicación de las Leyes estatales cuyo contenido ignora y con arreglo a las cuales no está acostumbrado a contratar, con independencia de que el contenido material de dicha Ley le beneficie incluso más que la aplicación de su Derecho. Estas afirmaciones encuentran razón en la siguiente: en el caso de que un contrato internacional se regule por una Ley estatal que se encuentre en la “esfera de conocimiento personal” de cada parte contratante, ambas soportarán costes de información y de comportamiento jurídico reducidos.

2º) Ley del país de recepción de la oferta como Ley aplicable al contrato internacional: ¿punto de conexión eficiente?

397. La tesis de la *International Stream of Commerce* establece como Ley aplicable al contrato internacional, la Ley del país en el que el contrato despliega su función *socio económica*. En otras palabras, el contrato se rige por una Ley que resulta previsible para ambas partes contratantes, una Ley cuya aplicación esperan los particulares implicados.

⁴⁶¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream of Commerce*”, en A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119.

⁴⁶² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2001, pp. 84-96 realiza un exhaustivo estudio acerca de la tesis de la “esfera de dominio legal”.

⁴⁶³ P. MANKOWSKI, “The principle of characteristic performance revisited yet again” en K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GISBERGER & SYMEONIDES (EDS.) *Convergence and Divergence in Private International Law*, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Netherlands, 2011, pp. 433-462, esp. p. 456.

398. Ejemplo. Una empresa española PUNX distribuidora de impresoras recibe una oferta por parte de una empresa italiana LIVORN para adquirir mil impresoras a un precio más que razonable. El contrato dispone que la mercancía se entregue en Francia y que en el mismo momento y lugar se efectúe el pago del precio en efectivo.

Tabla núm. 7. Contrato de compraventa de impresoras. Análisis económico del criterio de la tesis de la International Stream-Of-Commerce en comparación con los criterios de la sede del prestador característico y de la ejecución del contrato.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador y Ley del país hacia el que se dirige la oferta de contrato (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor (Ley italiana)	Coste de aplicación de la Ley del lugar de entrega de mercancía y de pago (Ley francesa)
Empresa PUNX	10	90	70
Empresa LIVORN	50	10	70
Coste total	= 60	= 100	= 140

399. De esta tabla pueden desprenderse, entre otros, los datos siguientes: de una parte, en el caso de que este contrato de compraventa se regule por la Ley italiana, únicamente el vendedor italiano sufrirá costes conflictuales reducidos, si bien, el comprador español asumirá costes de información muy elevados porque desconoce el contenido de la Ley italiana. Esta situación pondría en peligro la realización del intercambio internacional. De otra parte, la aplicación de la Ley francesa a este contrato de compraventa comporta costes conflictuales medios y equitativamente distribuidos entre ambos particulares implicados, puesto que, las dos acuerdan en el contrato, que el lugar de ejecución del mismo coincida con Francia. Esta afirmación puede poner de manifiesto que la Ley francesa, por cualesquiera motivos, forma parte de la esfera de dominio legal de ambas partes contratantes. Sin embargo, si la Ley española regula este contrato de compraventa, tanto el vendedor como el comprador soportarán costes conflictuales reducidos porque la Ley española no sólo forma parte de la esfera de dominio legal de ambos contratantes, sino que es también, la Ley del país que los contratantes tenían en mente en el momento de celebrar el contrato internacional. La Ley española no constituye una Ley estatal inesperada para ninguno de los particulares implicados. El vendedor italiano dirige su oferta hacia el mercado español, lo que significa que tendrá conocimiento jurídico del contenido del Derecho español y/o estará acostumbrado a contratar de conformidad con lo en él establecido. El comprador español reside en España y conoce a la perfección el contenido del Derecho español y contrata, con frecuencia, según el mismo. Por tanto, la Ley española es la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con este contrato.

d) Ley del país del lugar de celebración del contrato

400. El criterio “lugar de celebración del contrato” (*Lex Loci Celebrationis*) se empleó desde el siglo XIV hasta el siglo XIX para fijar la Ley aplicable a los contratos

internacionales. El contrato se regía por la Ley del país en el que se había celebrado⁴⁶⁴. En sintonía con ello, a lo largo de la Edad Media el criterio “Ley del lugar de celebración del contrato” funcionó correctamente porque constituía una Ley previsible para las partes contratantes que comportaba una solución *eficiente* desde el punto de vista conflictual.

401. ¿Qué razón de ser tenía la regla *Lex Loci Celebrationis*? La justificación de la solución se fundamentaba en la importancia de la *Soberanía estatal*: los actos celebrados en el territorio de un país se regulaban por la Ley de ese país, porque el Estado extendía su Soberanía sobre *su territorio*⁴⁶⁵. En consecuencia, todos los actos celebrados en el territorio de un Estado debían regirse por su Ley. Lo contrario comportaba un atentado contra la Soberanía del Estado.

402. Sin embargo, la globalización del siglo XXI trae consigo nuevos modelos contractuales (contratos celebrados por correspondencia, en Internet, a través de intermediación bancaria, etc) en los que el criterio “Ley del lugar de celebración del contrato” no garantiza una solución de “Justicia conflictual”.

403. Por esta razón, la aplicación de la *Lex Loci Celebrationis* para los contratos podía conducir a resultados *ineficientes* que perjudicaran a las partes implicadas. ¿Qué razones posibilitaron el mantenimiento de la teoría de la Ley del país del lugar de celebración del contrato? Los argumentos pueden concretarse, entre otros, en los siguientes: la Ley estatal del lugar de celebración regulaba el contrato siempre que dicho lugar fuere previamente conocido por los particulares implicados. En este sentido, destaca M. VIRGÓS SORIANO⁴⁶⁶, la celebración de contratos internacionales en ferias, puertos y mercados. Los contratantes determinaban fácilmente el país de celebración del contrato y la Ley de dicho país. Y, además, la Ley del lugar de celebración del contrato constituía la Ley elegida “implícitamente” por las partes contratantes⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ En ese sentido lo observaron, entre otros, los autores siguientes : M. GUTZWILLER, “Le developpment historique du droit international privé”, *RCADI*, vol. XXIX, 1929-IV, pp. 287-400; A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol. I, París: Librairie Cotillon, 1888; O. LANDO, « The conflicts of Laws of Contracts. General Principles », *RCADI*, vol. CLXXXIX, 1984, pp. 225-448; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, París: Librairie général de droit et jurisprudence, 1983; J. DOLINGER, « Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts », *RCADI*, vol. CCLXXXIII, 2000, pp. 187-512.

⁴⁶⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream of Commerce*”, en A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119.

⁴⁶⁶ M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS (DIR.), *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, 6ª edición, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 108-144; ID., “La Ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios homenaje Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. pp. 5302-5303.

⁴⁶⁷ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. II, París : Librairie général de droit et jurisprudence, 1983; A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol. I, París : Librairie Cotillon, 1888.

404. No obstante, la globalización y el progresivo aumento de contratos internacionales celebrados propiciaron numerosas críticas respecto al criterio “lugar de celebración del contrato”⁴⁶⁸: el lugar de celebración suele ser fortuito o casual y, es frecuente, que el contrato se celebre por correspondencia o medios similares o con intermediación bancaria. Además, el lugar de celebración constituye un elemento externo a la estructura del contrato, por lo que, puede ser fraudulentamente buscado por las partes para hacer válido un contrato que, en otras circunstancias, hubiera sido nulo⁴⁶⁹. E incluso más, el lugar de celebración del contrato no existe hasta que el contrato se ha celebrado.

405. En este sentido y desde el punto de vista técnico, si bien aplicar al contrato internacional la Ley del país del lugar de celebración del mismo encuentra su fundamento en el concepto “Soberanía estatal” (los actos celebrados en el territorio de un Estado se rigen por la Ley de dicho Estado), resulta necesario perfilar la aplicación de la *Lex Loci Celebrationis*.

406. Por esta razón, los defensores⁴⁷⁰ de la aplicación al contrato internacional de la Ley del lugar de celebración del mismo, admiten la aplicación de dicha regla en los supuestos en los que las partes contratantes son conscientes de la Ley del país en el que se celebra el contrato. Otros autores⁴⁷¹ buscan un símil entre “contrato” y “estatuto personal” para justificar la aplicación de la Ley del lugar de celebración del contrato: el contrato se rige por la Ley del país de su celebración del mismo modo que el estado de las personas se rige por la Ley de su país de origen. Otro experto, ROCHUS CURTIUS⁴⁷², da un paso más al considerar la autonomía de la voluntad conflictual como razón de ser de la regla *Lex Loci Celebrationis*: las partes consienten la aplicación al contrato internacional de la Ley del lugar de celebración del mismo.

407. Sin embargo, el punto de conexión “Ley del lugar de celebración del contrato” empleado por la norma de conflicto de Leyes pierde valor localizador y hace su entrada el criterio “Ley del lugar de ejecución del contrato”. La aplicación de la Ley

⁴⁶⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream of Commerce*”, en A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119.

⁴⁶⁹ J. D. MC. CLEAN, *Morris: The Conflict of Laws*, 4ª edición, Sweet & Maxwell, London, 1994.

⁴⁷⁰ Los defensores de la aplicación de la regla *Lex Loci Celebrationis* son, fundamentalmente, estatutarios medievales, canonistas y legistas, entre otros, BALDO, DURAND, P. DE BELLEPERCHE, P. DE CASTRO, R. CURTIUS, SALICET, ODOFREDO, J. BALDUINO, B. DE PAVÍA, etc.

⁴⁷¹ El autor de la teoría es PAUL DE CASTRE (siglo XV), si bien su teoría es desarrollada por A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol. I, París: Librairie Cotillon, 1888, p. 189 “*quia talis contractus dicitur ibi nasci ubi nascitur, et, sicut persona ratione originis ligatur a statutis loci originis, ita et actus*”.

⁴⁷² El autor de la teoría es ROCHUS CURTIUS en su obra *Tractatus utriusque juris*, si bien los autores A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol. I, París: Librairie Cotillon, 1888; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, vol. I, 8ª edición, LGDJ, París: Librairie general de droit et jurisprudence, 1993 hacen referencia a la idea expuesta por ROCHUS CURTIUS.

del país del lugar de conclusión del contrato a la cuestión controvertida puede generar costes conflictuales muy elevados e innecesarios para los particulares afectados.

408. Ejemplo. Un representante de la empresa TOLED – empresa española –, con filiales en Francia e Italia y que se dedica a la venta de productos típicos españoles, viaja a Londres por cuestiones de negocios. En su viaje de vuelta a España y debido a un retraso de su vuelo, conoce en el *London City Airport* al representante de la empresa OPORT – empresa portuguesa –, con filiales en Francia y Alemania que se dedica a la adquisición de productos típicos de los distintos países de la UE. Ambos representantes firman un contrato de compraventa en el *London City Airport* por el que la empresa OPORT se compromete a adquirir productos típicos españoles fabricados por la empresa TOLED. El contrato dispone una cláusula por la que la entrega de la mercancía y el pago del precio se efectuarán en Francia. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley estatal proporcionará una solución *eficiente* a las partes contratantes desde un punto de vista conflictual?

409. La tabla siguiente pone de relieve un análisis de la Ley aplicable al contrato internacional desde el punto de vista de la *eficiencia*:

Tabla núm: 8. Contrato de compraventa de productos típicos españoles. Análisis económico de los criterios de la sede de cualquiera de las partes contratantes y del lugar de celebración del contrato en comparación con el criterio del lugar de ejecución del mismo.

	Coste de aplicación de la Ley de la residencia habitual del vendedor (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley de la residencia habitual del comprador (Ley portuguesa)	Coste de aplicación de la Ley del lugar de celebración del contrato (Ley inglesa)	Coste de aplicación de la Ley del lugar de ejecución del contrato (Ley francesa)
Empresa TOLED	10	90	80	60
Empresa OPORT	90	10	80	60
Total	= 100	= 100	= 160	= 120

410. La aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor le comporta mínimos costes conflictuales a éste, puesto que, su Derecho resultará aplicable a la cuestión controvertida. Un Derecho con el que el vendedor está acostumbrado a contratar y conoce perfectamente. Sin embargo, la aplicación de la Ley del Estado de la residencia habitual del vendedor genera, para el comprador, unos costes conflictuales muy elevados. El comprador debe sufragar costes conflictuales altos en la información y adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho estatal de la residencia habitual del vendedor. La misma situación tiene lugar con la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador. La contraparte deberá soportar costes conflictuales muy altos.

411. La aplicación al contrato internacional de la Ley del lugar de celebración del mismo comporta costes conflictuales muy elevados para ambas partes contratantes. El lugar de celebración del contrato se corresponde, en este caso, con un lugar fortuito o casual, puesto que, ambas partes coinciden en el aeropuerto de Londres. Por tanto, el coste de información y de adaptación del comportamiento jurídico de ambas partes

contratantes al Derecho inglés sería muy elevado. Los altos costes conflictuales que ambas partes deberían sufragar pondrían en peligro la celebración del intercambio internacional.

412. La aplicación al contrato internacional de la Ley del lugar de ejecución del mismo genera, en este supuesto, costes conflictuales reducidos para ambas partes contratantes. La creación de filiales, por parte de ambas empresas, en Francia les ha obligado a conocer el Derecho francés. En consecuencia, el coste de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho francés les comporta costes conflictuales reducidos a ambas partes contratantes. Por esta razón, la Ley francesa constituye la Ley más estrechamente vinculada con el supuesto. Una Ley previsible para ambos particulares implicados que les comporta mínimos costes conflictuales.

413. ¿Se corresponde, en este ejemplo, la Ley del país de ejecución del contrato con la Ley que conduce a una solución *eficiente* desde el punto de vista conflictual? Aún cuando el coste conflictual total al que se “enfrentan” las partes contratantes es superior al indicado en la Ley del país de la residencia habitual del vendedor y del comprador, el reparto de costes conflictuales realizado por la Ley francesa entre ambas partes contratantes resulta equitativo y razonable. E incluso más, cada parte contratante asumirá un coste conflictual inferior que el que le supondría la aplicación de la Ley del Estado de la residencia habitual de la contraparte. En definitiva, en este supuesto, la Ley del país del lugar de ejecución del contrato (Ley francesa) conduce a una solución *eficiente* desde el punto de vista conflictual.

e) Ley del país del lugar de ejecución del contrato

414. El resultado *ineficiente*, para las partes contratantes y para el comercio internacional, al que conduce el punto de conexión “Ley del lugar de celebración del contrato” comporta la búsqueda de criterios alternativos.

415. Desde una perspectiva técnica, la Ley del país del lugar de ejecución del contrato puede constituirse “vínculo más estrecho” con el contrato internacional en la medida en que dicho “contacto” se refiera al país en el que el negocio jurídico despliega sus efectos. E incluso más, el lugar de ejecución no se corresponde con un lugar fortuito o casual sino con un criterio que refleja, en cierto sentido, la voluntad de las partes contratantes⁴⁷³. Los particulares implicados pueden estipular en el contrato el lugar de ejecución del mismo.

416. En sintonía con ello, O. LANDO⁴⁷⁴ considera que la obligación jurídica constituye la actividad hacia la que las partes dirigen su atención. Y el lugar en el que

⁴⁷³ F. C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. CH. GUENOUX y convertido al castellano por J. MESSÍA Y M. POLEY, Madrid, 1879, vol. VIII, edición facsimil de Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 1417, 1419; J. DOLINGER, “Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts”, *RCADI*, vol. CCLXXXIII, 2000, pp. 187-512, esp. p. 370.

⁴⁷⁴ O. LANDO, “Conflicts lawyers, I have rea and met”, *RabelsZ*, vol. LXXV, nº 3, 2011, pp. 485-496, esp. p. 487.

esta actividad se desarrolla corresponde al lugar de ejecución de dicha obligación jurídica. Además, también pone de relieve este autor – O. LANDO – el pensamiento de VON SAVIGNY para con el lugar de ejecución del contrato internacional: la norma de conflicto de leyes sobre la que se construye la relación jurídica entre ambos particulares implicados toma como ejemplo, no el contrato internacional, sino la obligación que se comprometen a realizar las partes contratantes. Por esta razón, resulta natural localizar cada tipo de obligación jurídica en el país en el que tiene lugar su ejecución.

417. Por estas razones, la doctrina se pone manos a la obra y será el gran jurista italiano B. DE SASSOFERRATO⁴⁷⁵, creador de la “teoría de los estatutos”, el que diferencie en un contrato: de un lado, la “formación y efectos del contrato” (*quae oriuntur secundum ipsius contractus naturam tempore contractus*), que deben regularse por la Ley del país de celebración del mismo (*Lex Loci Celebrationis*). De otro lado, las “consecuencias del contrato” (*quae oriuntur ex postfacto propter negligentiam aut moram*), que se rigen por la Ley del país de ejecución de éste (*Lex Loci Executionis*). Y si dicho lugar no puede determinarse, por la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*⁴⁷⁶).

418. En un momento ulterior, la doctrina justifica la *eficiencia* del punto de conexión “Ley del lugar de ejecución del contrato” en el ámbito contractual. En este sentido, L. F. CARRILLO POZO⁴⁷⁷ considera que, en la esfera de los contratos, con carácter general, el vínculo más estrecho que presenta un contrato con un país se corresponde con el “lugar de ejecución del contrato”, puesto que, proporciona un reparto de costes conflictuales “neutral” para las partes contratantes y realiza el ideal de Justicia conflictual. En la misma línea, H. BATIFFOL / P. LAGARDE⁴⁷⁸ estiman que la Ley del lugar de ejecución del contrato constituye un vínculo que permite determinar un resultado sin “error” y, además, es un contacto que se halla materialmente ligado a los intereses de ambas partes contratantes.

⁴⁷⁵ La distinción entre “la formación y los efectos del contrato” y “las consecuencias del contrato”, así como la nueva solución de DIPr. forjada por B. DE SASSOFERRATO, es acogida y desarrollada también por otros autores: SALICET (1363-1412), L. BOULLENOIS (*Démisions de Biens*, 1727; *Traité de la personnalité et de la réalité des loix*, 1766); N. BURGUNDUS; ROCHUS CURTIUS; CH. DU MOULIN, F. K. VON SAVIGNY ...

⁴⁷⁶ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit International Privé*, vol. I, París : Librairie général de droit et jurisprudence, 1993, p. 374; A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol. I, París: Librairie Cotillon, 1888, pp. 135-137; O. LANDO, « The conflicts of Laws of Contracts. General Principles », *RCADI*, vol. CLXXXIX, 1984, pp. 225-448, esp. p. 241 ; E. M. MEIJERS, “L’histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l’Europe occidentale », *RCADI*, vol. XLIX, 1934, pp. 534-686, esp. p. 601; J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho Internacional Privado. Parte General (Introducción, Historia doctrinal y Codificación)*, Ed. Secc. Publ. Facultad Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1992, pp. 305-306.

⁴⁷⁷ L. F. CARRILLO POZO, *El Contrato Internacional: La prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 155.

⁴⁷⁸ H. BATIFFOL / P. LAGARDE, “Contrats” en *Droit International Privé*, 7^{ème} edition, vol. II, París : Librairie générale de droit et jurisprudence, 1983, pp. 257-289.

419. En palabras de P. MAYER / V. HEUZE⁴⁷⁹, el “valor conflictual” del lugar de ejecución supera al lugar de la residencia habitual del prestador característico. Ahora bien, el legislador escoge en materia de contratos el punto de conexión “Ley de la residencia habitual del prestador característico” frente al criterio “Ley del lugar de ejecución del contrato”. La elección por parte del legislador del punto de conexión “residencia habitual del prestador característico” puede responder a razones de comodidad práctica. Si bien, en ciertos asuntos, resulta compleja la determinación del lugar de ejecución de la prestación característica, la precisión de la residencia habitual del sujeto que debe realizar la prestación característica constituye, salvo casos excepcionales, un criterio de fácil localización.

420. No obstante, el criterio *Lex Loci Executionis* no sólo presenta ventajas sino también inconvenientes⁴⁸⁰: los contratos sinalagmáticos que deben ejecutarse en países diferentes, presentan distintos “lugares de ejecución”. La pluralidad de lugares de ejecución impide hallar una Ley única rectora del contrato porque cada obligación se rige por la Ley del país de su ejecución. En ocasiones, el lugar de ejecución es meramente coyuntural y puede no presentar una estrecha vinculación con la transacción internacional o con las partes contratantes. Además, la indeterminación del lugar de ejecución en el contrato, exige precisar el Derecho que debe concretar la noción⁴⁸¹. En otras palabras, el contrato internacional puede no contener una disposición que contemple el lugar de ejecución del mismo. E incluso más, el criterio “lugar de ejecución del contrato” no opera correctamente en la medida en que los contratantes establezcan lugares de cumplimiento opcionales o respecto de aquellos contratos que contienen prestaciones de “no hacer”, lo que es frecuente en las transacciones internacionales⁴⁸².

421. Ejemplo. Un ciudadano austríaco y un ciudadano español celebran un contrato de compraventa en Francia por el que el ciudadano austríaco se compromete a entregar en París una partida de productos textiles y el ciudadano español se compromete a pagarle el precio en el mismo momento de la entrega en París. El contrato contiene una cláusula de elección de Ley por las partes contratantes que indica: en el caso de que una de las partes no cumpliera aquello a lo que se comprometió, el contrato se regirá por la Ley danesa.

422. La tabla siguiente pone de relieve un análisis de la Ley reguladora del contrato internacional desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual:

⁴⁷⁹ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit international privé*, 8ª edición, Montchrestien, Paris, 2004, p. 534.

⁴⁸⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream of Commerce*”, en A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119.

⁴⁸¹ M. VIRGÓS SORIANO, “La Ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5302.

⁴⁸² J. D. MC. CLEAN, *Morris: The Conflict of Laws*, 4ª edición, Sweet & Maxwell, London, 1994.

Tabla núm: 9. Contrato de compraventa de productos textiles. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del prestador característico en comparación con el criterio del lugar de ejecución del contrato y la intervención de la manifestación de la autonomía de la voluntad.

	Coste de aplicación de la Ley de del país la residencia habitual del vendedor (Ley austríaca)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley francesa)	Coste de aplicación de la Ley elegida por las partes. (Ley danesa)
Ciudadano Español	90	10	70	40
Ciudadano Austriaco	10	90	70	40
Total	= 100	= 100	= 140	= 80

423. La aplicación al supuesto controvertido planteado de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor y/o de la Ley de la residencia habitual del comprador comporta mínimos costes conflictuales al vendedor y/o comprador respectivamente, puesto que, *su* Derecho resultará aplicable a la cuestión controvertida. El vendedor y el comprador sufragarán mínimos costes conflictuales, ya que, la información y la adaptación del comportamiento jurídico a su Derecho no resultan costosas. Sin embargo, la aplicación al contrato internacional del Derecho de la contraparte genera costes conflictuales muy elevados para el otro particular implicado.

424. En el caso de que el mismo contrato internacional se regule por la Ley del país del lugar de su celebración y ejecución, ambas partes contratantes soportan costes conflictuales medios, puesto que, los dos particulares implicados pueden prever que el contrato internacional se rija por esta Ley estatal. Sin embargo, si a dicho contrato de compraventa resulta aplicable la Ley estatal elegida por las partes contratantes, éstas asumen, siempre y por cualesquiera motivos que cubran sus intereses, mínimos costes conflictuales. La elección de una Ley por las partes contratantes corresponde a una Ley previsible para ellas, una Ley que cubre sus expectativas jurídicas y que, por esta razón, comporta mínimos costes conflictuales a ambos particulares implicados.

425. En resumen, el análisis desde el punto de vista técnico ha puesto de relieve que cada punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes (Ley nacional, Ley de la residencia habitual del prestador característico, Ley de la residencia habitual común, Ley del país hacia el que se dirige la oferta (Tesis de la *International Stream of Commerce*), Ley del lugar de celebración del contrato y Ley del lugar de ejecución del contrato) presenta ventajas e inconvenientes.

426. El análisis en materia de contratos desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual se inspira en el principio de proximidad y en el descarte de una norma de conflicto de leyes *rígida*. La precisión de la Ley aplicable a un contrato internacional exige una valoración de los distintos contactos que el contrato presenta con los diferentes países. En sintonía con ello, resultará aplicable una Ley estatal que cubra las expectativas jurídicas de ambas partes contratantes. Una Ley previsible para ambos

particulares implicados. En otras palabras, el contrato se regirá por la Ley del país que comporte menores costes conflictuales a ambas partes contratantes. La Ley del país que genere costes conflictuales reducidos a ambos particulares afectados se corresponde con la Ley estatal que conduce a una solución *eficiente* desde el punto de vista conflictual.

427. Super - caso. Un ciudadano “A”, nacional español, reside desde hace más de diez años en Italia con su familia y es en dicho país donde tiene un terreno de diez mil metros cuadrados en el que se dedica a la plantación de cítricos. El ciudadano “A” realiza una oferta al ciudadano “B”, nacional portugués, que reside habitualmente en Francia por el que éste último adquiriría cítricos a muy buen precio. El ciudadano “B” los adquirirá con intención de revender la mercancía posteriormente en Alemania a minoristas de dicho país. No es la primera vez que ciudadano “A” y ciudadano “B” celebran un contrato internacional de características similares. El contrato de venta se celebra a través de Internet. No contiene una cláusula de elección de Ley aplicable y en el mismo dispone que la entrega de la mercancía se realice en Berlín (Alemania) y el pago del precio se efectúe en la misma localidad contra la entrega de la mercancía mediante efectos cambiarios.

428. La tabla siguiente pone de relieve el coste de aplicación de Ley al contrato internacional que debe soportar cada parte contratante:

Tabla núm: 10. Contrato de compraventa de cítricos. Análisis económico de todos los criterios empleados como punto de conexión por la norma de conflicto de leyes.

	Coste de aplicación de la Ley nacional del vendedor (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley nacional del comprador (Ley portuguesa)	Coste de aplicación de la Ley del país de ejecución (Ley alemana)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor (Ley italiana)	Coste de aplicación de la Ley del país hacia el que se dirige la oferta y de la Ley del país de la residencia habitual del comprador (Ley francesa)	Coste de aplicación de la Ley de Alaska
Ciudadano “A”	70	90	40	10	60	100
Ciudadano “B”	90	70	40	90	10	100
Total	= 160	= 160	= 80	= 100	= 70	= 200

429. La aplicación al contrato internacional de la Ley nacional del vendedor y/o de la Ley nacional del comprador comporta costes conflictuales elevados para el vendedor y/o el comprador y para su contraparte. En este supuesto, los sujetos que intervienen en el intercambio internacional ostentan una nacionalidad con la que no están familiarizados, puesto que, residen habitualmente y desde hace años en un Estado distinto de aquél cuya nacionalidad ostentan. Además, ni el vendedor ni el comprador tienen la obligación de conocer la nacionalidad que ostenta su contraparte. Por esta

razón, informarse sobre el contenido de una Ley que desconocen y adaptar su comportamiento jurídico a dicha Ley les comporta costes conflictuales muy elevados a ambas partes contratantes. La aplicación de la Ley nacional del vendedor o de la Ley nacional del comprador al supuesto planteado pone en peligro la celebración del negocio jurídico internacional.

430. Si el mismo contrato internacional se rige por la Ley del país de la residencia habitual del vendedor resulta económica para dicho vendedor, puesto que, el coste conflictual que asume será muy reducido. El vendedor se halla en perfecta posición para informarse del contenido de su Derecho y adaptar su comportamiento jurídico al mismo. Sin embargo, la aplicación al contrato de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor comporta, para el comprador, costes conflictuales muy elevados. El comprador ignora el contenido de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor e informarse y adaptar su comportamiento jurídico a dicha Ley estatal le resultará costoso. En consecuencia, la aplicación al contrato internacional de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor, si bien beneficia a éste perjudica al comprador. Por esta razón, la aplicación de esta Ley no conduce, en este supuesto, a una solución *eficiente* de la transacción desde el punto de vista conflictual.

431. En el supuesto de que a este contrato internacional resulte aplicable la Ley del país de la residencia habitual del comprador y la Ley del país hacia el que se dirige la oferta, ambas partes contratantes soportan costes conflictuales medios. En principio, la Ley francesa forma parte de la “esfera de dominio legal” de ambos particulares implicados. El ciudadano “A” internacionaliza el intercambio internacional y dirige su oferta al ciudadano “B” cuya residencia habitual se encuentra en Francia y el ciudadano “B” ve aplicado al contrato internacional su Derecho. En este sentido, tanto el ciudadano “A” como el sujeto “B” son conscientes de que el Derecho francés puede resultar aplicable al contrato de compraventa.

432. Sin embargo, la aplicación al contrato internacional de la Ley del país del lugar de ejecución del contrato (Ley alemana) comporta costes conflictuales reducidos y distribuidos equitativamente entre ambas partes contratantes. Los particulares implicados acuerdan en el contrato que las prestaciones derivadas del mismo deben ser ejecutadas en Alemania. En sintonía con ello, ambos sujetos se hallan en una buena posición para conocer el contenido del Derecho alemán, Derecho que tenían en mente en el momento de la celebración del contrato y que han asumido voluntariamente. El Derecho alemán forma parte de la “esfera de dominio legal” de la Ley aplicable de cada contratante. Por esta razón, la aplicación de la Ley alemana al contrato internacional conduce, en este ejemplo, a un resultado *eficiente* de la transacción desde el punto de vista conflictual para ambas partes contratantes.

433. La existencia hipotética de una norma de conflicto de Leyes en el ámbito contractual que dispusiera “*todos los contratos internacionales se rigen por la Ley de Alaska*”⁴⁸³ proporcionaría un elevado grado de seguridad jurídica para los Jueces y para los particulares implicados. Ni Juez ni parte contratante dudarían acerca de cuál es la

⁴⁸³ L. F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46, esp. p. 40 trata la “Paradoja de Alaska”.

Ley aplicable al contrato. Ahora bien, desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual, aplicar la hipotética “Ley de Alaska” a cualquier contrato internacional generaría también elevados costes conflictuales a ambas partes contratantes. Ni comprador ni vendedor se hallarían en una posición jurídica adecuada para informarse del contenido y adaptar su comportamiento jurídico a dicha Ley. En el supuesto planteado, la “Ley de Alaska” no se correspondería con la Ley del país que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. Por estas razones, aplicar la “Ley de Alaska” a este contrato constituiría una solución *ineficiente e inconstitucional* que penalizaría el intercambio internacional y comportaría elevados costes conflictuales a ambas partes contratantes. Esta norma de conflicto de leyes podría ser calificada, en este supuesto, como *inconstitucional* porque conduce a una solución *no efectiva*.

434. La tutela judicial efectiva exige que el contrato internacional se regule por una norma de conflicto de leyes cuyo punto de conexión conduzca a la Ley de un país estrechamente vinculado con dicha relación jurídica, esto es, la Ley estatal que genere costes conflictuales reducidos a ambos particulares implicados. En el ejemplo propuesto, si el contrato de compraventa se regula por la Ley nacional y/o por la Ley del país de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes, la Ley del país de ejecución del contrato o por la Ley del país hacia el que se dirige la oferta, los particulares implicados se benefician de una solución *efectiva* desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual, si bien, solamente una de estas soluciones *efectivas* podrá alcanzar el carácter de *eficiente*. Cualquiera de estas Leyes estatales presenta una vinculación más o menos estrecha con el contrato. No obstante, si la norma de conflicto de leyes localiza el contrato internacional en un país con el que dicho contrato no presenta conexión – la Ley de Alaska –, la tutela judicial deja de ser *efectiva* y, además, resulta penalizada. Esta situación daría lugar a un proceso judicial que se desarrollaría con una carga conflictual desmesurada y desproporcionada para ambas partes contratantes, lo que impediría garantizar una tutela judicial efectiva.

B) Cláusula de excepción. Proximidad y *eficiencia*

435. La cláusula de excepción constituye una singularidad a la regla general contenida en la norma de conflicto de leyes. Si bien el legislador elabora una norma de conflicto de leyes que regula una situación jurídica privada internacional “general”, las “particularidades” que intervengan en el asunto real planteado pueden poner en peligro la *eficiencia* del punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes para resolver el concreto supuesto jurídico⁴⁸⁴.

436. La misión del legislador de la UE debe ser la de proporcionar una norma de conflicto de leyes que contenga un punto de conexión que determine la Ley aplicable al contrato a modo de presunción y una cláusula de excepción que posibilite la no aplicación de la Ley del país a la que conduce la presunción a favor de la Ley del Estado

⁴⁸⁴ H. MUIR WATT, « Les principes généraux en droit international privé français », *JDI Clunet*, vol. CXXIV, n° 2, 1997, pp. 403-415 considera que todos los puntos de conexión están « *expuestos al error* ».

que se halle más estrechamente vinculado con el contrato. El legislador de la UE estuvo muy acertado en la elaboración del Convenio de Roma.

437. El Convenio de Roma disponía en su art. 4.5 CR⁴⁸⁵ de una “cláusula de escape”. Las normas de conflicto de leyes de carácter presuntivo contenidas en el Convenio de Roma procuraban un acercamiento a la proximidad del contrato con el país con el que presentaban la vinculación más estrecha. Ahora bien, el criterio general empleado como punto de conexión por la norma de conflicto de leyes de carácter presuntivo no conducía a la Ley del país con la que la situación jurídica presentaba la vinculación más estrecha en todos los supuestos. En consecuencia, si el criterio general utilizado como punto de conexión por la norma de conflicto de leyes de carácter presuntivo traicionaba la proximidad del supuesto concreto, dicho criterio general debía ser corregido por un criterio concreto de proximidad expresado en una cláusula de escape o a través de una reducción teleológica de dicho punto de conexión⁴⁸⁶.

438. La “cláusula de escape” del Convenio de Roma fue objeto de la crítica siguiente: una cláusula de escape deviene inútil en la medida en que resulte necesario suprimir la presunción y potenciar la búsqueda directa del país con el que el contrato internacional presente los vínculos más estrechos. No obstante, otros autores⁴⁸⁷ estimaban que la presunción contenida en el art. 4.2 CR conservaba toda su utilidad, puesto que, proporcionaba una solución en las situaciones en las que los “índices de localización del contrato” se hallaban igualmente repartidos entre dos o más países.

439. En consecuencia y para algunos autores⁴⁸⁸, el art. 4.5 CR contenía una cláusula de escape que comportaba dos excepciones a la presunción general de la prestación característica: la primera indicaba que la presunción del art. 4.2 CR desaparecía si no podía identificarse la prestación característica en un contrato internacional. La segunda ponía de manifiesto que el resto de presunciones (art. 4.3 CR y 4.4 CR) se suprimían si de las circunstancias del caso se desprendía una Ley que se hallaba más estrechamente vinculada con el contrato.

440. En sintonía con ello, las presunciones contenidas en los arts. 4.2, 4.3 y 4.4 CR (sede del prestador característico en el momento de celebración del contrato, lugar de situación del inmueble y, por último, Ley del país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato si fuere el mismo lugar en el que se encuentra la carga o descarga o el establecimiento principal del expedidor regulará el contrato de transporte) no operaban para determinar la Ley

⁴⁸⁵ Art. 4.5 CR: “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”.

⁴⁸⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2004, pp. 60-82.

⁴⁸⁷ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340, esp. p. 310.

⁴⁸⁸ P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, vol. XLV, n° 6, 2008, pp. 1687-1725.

aplicable al contrato si se demostraba que el contrato presentaba una “vinculación más estrecha” con otro país (art. 4.5 CR como “cláusula de escape”). En consecuencia, se abandonaba la presunción si ésta, respecto al caso concreto, no respondía al “principio de proximidad”.

441. En definitiva, la “cláusula de escape” (art. 4.5 CR⁴⁸⁹) contenida en el Convenio de Roma, se dirigía a “corregir” la solución a la que conducía la aplicación de las presunciones (art. 4.2, 4.3 y 4.4 CR). Por esta razón, la interpretación de la “cláusula de escape” contenida en el art. 4.5 CR debía realizarse en sentido restrictivo⁴⁹⁰. Únicamente operaba en asuntos “residuales” para evitar que dicha cláusula resultara contraria al objetivo del Convenio de Roma, que consistía en proporcionar a las partes contratantes seguridad jurídica internacional en el tráfico transnacional.

442. Sin embargo, el hoy vigente Reglamento “Roma I” si bien dispone una cláusula de excepción contenida en el art. 4.3, su actuación es reducida. E incluso más, el art. 4.3 Reg. Roma I no se corresponde con una “cláusula de escape” (art. 4.5 CR), puesto que, el art. 4.3 Reg. Roma I fija como Ley aplicable al contrato la Ley del país con la que el contrato presente vínculos “*manifiestamente*” más estrechos. Por esta razón, el “principio de proximidad” únicamente se aplica en supuestos muy excepcionales. En consecuencia, el art. 4.3 Reg. Roma I no constituye una “cláusula de escape” sino una “cláusula de excepción”⁴⁹¹ a pesar de lo dispuesto en el Cons. 20 Reg. Roma I⁴⁹².

443. La cláusula de excepción (art. 4.3 Reg. Roma I⁴⁹³) presenta, fundamentalmente y entre otros, los caracteres siguientes⁴⁹⁴:

444. a) *Excepcionalidad.* La aplicación de la cláusula de excepción exige, no sólo que del conjunto de circunstancias resulte una vinculación más estrecha con el

⁴⁸⁹ Crítica de L. F. CARRILLO POZO “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46, esp. p. 15 a P. DE MIGUEL ASENSIO “La ley aplicable en defecto de elección”.

⁴⁹⁰ M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825, esp. p. 791.

⁴⁹¹ E. CASTELLANOS RUIZ, *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, p. 135.

⁴⁹² Cons. 20 Reg. Roma I “Si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en el artículo 4, apartados 1 ó 2, una cláusula de escape debe establecer que ha de aplicarse la ley de ese otro país. Para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos”.

⁴⁹³ Art. 4.3 Reg. Roma I “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 ó 2, se aplicará la ley de este otro país”.

⁴⁹⁴ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 714-715.

contrato distinta de la establecida en los arts 4.1 y 4.2 Reg. Roma I, sino también que la vinculación con ese otro país sea “*manifiestamente más estrecha*”. Por esta razón, la aplicación de la cláusula contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I constituye una disposición excepcional que se aplicará en casos específicos⁴⁹⁵.

445. E incluso más, la aplicación de la “cláusula de excepción” requiere la verificación, entre otras, de las circunstancias siguientes⁴⁹⁶: 1º) *Percepción clara de la vinculación más estrecha*. La aplicación de la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I exige la realización de un “proceso lógico – inductivo” por el que se desprende una vinculación manifiestamente más estrecha con un país distinto del indicado en los arts. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I. En este sentido, el proceso inductivo llevado a cabo por el Juez comporta para las partes implicadas una conclusión natural desprovista de construcciones intelectuales complejas que precisa la Ley aplicable al contrato. Una Ley previsible para las partes contratantes. Y 2º) *Vínculos manifiestamente más estrechos*. La exigencia de vínculos “manifiestamente” más estrechos se corresponde con la “calidad de los vínculos”⁴⁹⁷. Los vínculos “manifiestamente” más estrechos se identifican con vínculos de fuerte peso específico que conducen a la aplicación de una Ley que resulte previsible para ambas partes contratantes.

446. b) Motivación judicial obligatoria. El Juez debe motivar, en todo caso, la decisión de activar la cláusula de excepción con objeto de no recurrir a ella para aplicar la *Lex Fori*, con razón o sin ella, por “comodidad judicial”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, nº 103, 2004, pp. 131-189, esp. p. 159 (texto similar en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation [COM 2002 654 final]”). En la misma línea, L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46; S. POILLOT-PERUZZETTO, “Le règlement Rome I du 17 juin 2007 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Répertoire Dalloz de Droit communautaire, Cahiers de l'actualité*, nº 5, 2008, pp. 3-11, esp. p. 7 ponen de manifiesto que la excepcionalidad que exige el art. 4.3 Reg. Roma I evita la aplicación de la *Lex Fori* por parte del tribunal competente por *pura comodidad judicial*, que era lo que sucedía con la aplicación del art. 4.5 CR.

⁴⁹⁶ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 Mayo 2008, versión *on line*.

⁴⁹⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 202-203.

⁴⁹⁸ U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, nº 103, 2004, pp. 131-189 (texto similar en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation [COM 2002 654 final]”); L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46; ID., “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho*

447. c) *Carga de la prueba de la vinculación más estrecha*⁴⁹⁹. Si bien el Reglamento “Roma I” guarda silencio acerca de la carga de la prueba de la vinculación más estrecha, debe ser el contratante interesado en activar la cláusula de excepción quien debe demostrar al Juez que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con ese otro país, y por tanto, la Ley de dicho país resulta aplicable.

448. La cláusula de excepción opera, con carácter general, en los supuestos siguientes⁵⁰⁰: a) *Cuando la sede del prestador característico es circunstancial o temporal*. La aplicación de la Ley del país donde se localice una sede temporal o circunstancial puede comportar costes conflictuales muy elevados para las partes contratantes. Por esta razón, resulta posible acudir a la cláusula de excepción si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del de la sede temporal o circunstancial. b) *Contratos sobre inmuebles*. Aplicar la Ley del país de situación del inmueble al contrato en el caso de que ambas partes contratantes ostenten su residencia habitual en el mismo Estado, y éste no coincida con el lugar de situación del inmueble, puede comportar a las partes elevados costes conflictuales. El contrato debe regirse por la Ley del país de la sede o residencia habitual común de los contratantes, por presentar ésta vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato. c) *Contratos accesorios*. Los contratos accesorios presentan, con carácter general, una vinculación muy estrecha con el contrato principal. Ello permite activar, tras un análisis de las circunstancias globales del contrato, la cláusula de excepción del art. 4.3 Reg. Roma I.

449. *Ejemplo*. Un particular “A” que ostenta la nacionalidad alemana con residencia habitual en Berlín celebra un contrato de compraventa de inmueble sito en Mallorca con un sujeto “B” también nacional alemán con residencia habitual en Berlín. El contrato de compraventa se celebra en Berlín y en dicha ciudad se entregan las llaves del apartamento y el montante dinerario. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió en el contrato, ¿Qué Ley estatal debe regular el mismo desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual?

conflictual europeo: realizaciones y perspectivas, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41; S. POILLOT-PERUZZETTO, “Le règlement Rome I du 17 juin 2007 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Répertoire Dalloz de Droit communautaire, Cahiers de l’actualité*, nº 5, 2008, pp. 3-11.

⁴⁹⁹ M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825; P. REMY – CORLAY, “Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d’exception dans les conflits de lois”, *RCDIP*, vol. XCII, nº 1, 2003, pp. 37-76; F. POCAR, “L’unification des règles de conflits en matière de contrats dans la Communauté économique européenne”, *Comunicazioni e Studi*, vol. XV, 1978, pp. 165-193; ID., “L’entrata in vigore della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile ai contratti”, *RDIPP*, vol. XXVII, 1991, pp. 249-252; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 Mayo 2008, versión *on line*.

⁵⁰⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 715-716.

450. La tabla siguiente pone de relieve los costes de aplicación de la Ley al contrato que debe asumir cada uno de los particulares implicados:

Tabla núm: 11. Contrato de compraventa de bien inmueble. Análisis económico de los criterios de la residencia habitual de ambas partes contratantes, lugar de celebración y ejecución del contrato en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.

	Coste de aplicación de la Ley del lugar de situación del bien inmueble (Ley española) (art. 4.1.c) Reg. Roma I)	Coste de aplicación de la Ley de la residencia habitual común, del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley alemana)
Ciudadano "A" (alemán)	80	20
Ciudadano "B" (alemán)	80	20
Total	= 160	= 40

451. La localización que realiza la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1.c) Reg. Roma I – Ley del lugar de situación del inmueble – conduce a la Ley de un país, España, que no se corresponde con la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato, Alemania. Por esta razón, la localización *ineficiente* en el supuesto planteado, llevada a cabo por el criterio general empleado como punto de conexión de la norma de conflicto de leyes debe ser corregida por la cláusula de excepción. El contrato se regirá por la Ley del país con el que se halle más estrechamente vinculado. La Ley del país que les comporte costes conflictuales reducidos a ambas partes contratantes.

452. En el supuesto planteado, la Ley alemana es la Ley del país que presenta una vinculación más estrecha con el contrato. La Ley que las partes tenían en mente en el momento de la celebración del contrato internacional. La Ley estatal que les comporta costes conflictuales reducidos de información y adaptación de comportamiento jurídico a ambos sujetos participantes.

453. En suma, el art. 4.3 Reg. Roma I no es una cláusula de excepción que asegure que la Ley aplicable al contrato internacional sea, en todo caso, la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos. La aplicación del art. 4.3 Reg. Roma I exige que del conjunto de circunstancias resulte una vinculación más estrecha del contrato con un país distinto de aquél al que conducen los arts. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I. E incluso más, exige que la vinculación del contrato con otro país se desprenda "claramente" – la exigencia de claridad insta a que la inducción debe aparecer de un modo natural y evidente. Una inducción que practicaría cualquier persona razonable a la vista de los datos, elementos y circunstancias de la situación contractual – y sea "manifiestamente más estrecha" – lo que requiere la existencia de unos vínculos de fuerte peso específico y no meramente aparentes o casuales. Vínculos que conducen a la aplicación al contrato de una Ley previsible por las partes de un modo sencillo –. En sintonía con ello, la aplicación del art. 4.3 Reg. Roma I es excepcional. Sus posibilidades de intervención son muy reducidas.

454. Por estas razones y según la opinión de algún autor⁵⁰¹ la cláusula de excepción “*obedece a un principio de justicia conflictual*”. Dos corrientes pueden surgir a partir de dicha afirmación: la primera pone de relieve que la cláusula de excepción se fundamenta en la búsqueda y posterior aplicación de la Ley del país más estrechamente vinculada con el supuesto, con independencia del resultado material al que conduzca su aplicación⁵⁰². La segunda corriente indica que la cláusula de excepción permite la aplicación al contrato de la Ley del país más estrechamente vinculada con el mismo tomando en consideración el resultado material al que conduce su aplicación⁵⁰³.

455. Resulta imprescindible destacar que tanto la “cláusula de escape” (art. 4.5 CR) como la “cláusula de excepción” (art. 4.3 Reg. Roma I) realizan el *principio de previsibilidad* de la Ley aplicable, puesto que, consiguen la aplicación de la Ley estatal que las partes esperan ver aplicada a la situación privada internacional.

C) Cláusula de cierre. Proximidad y eficiencia

456. La cláusula de cierre, cuya creación tuvo lugar en el Convenio de Roma, mantiene su vigencia en el Reglamento “Roma I”. Por esta razón, resulta preciso diferenciar:

457. a) Cláusula de cierre en el Convenio de Roma. La “cláusula de cierre” contenida en el art. 4.5 CR operaba siempre que no resultaban aplicables los arts. 4.2, 4.3 y 4.4 CR. Los supuestos más frecuentes en los que se activaba la cláusula de cierre (art. 4.5 CR) eran, entre otros, los siguientes⁵⁰⁴: los contratos sin prestación característica, la imprecisión de la sede del prestador característico en el momento de celebración del contrato y la indeterminación del lugar de situación del inmueble. En sintonía con ello, el texto del art. 4.5 CR impedía un resultado “sistemático”, puesto que, la referencia “en consideración a las circunstancias” facultaba al Juez a aplicar la Ley más estrechamente vinculada con el supuesto, caso por caso⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ S. SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en J. M. GARCÍA COLLANTES (DIR.) *La unificación jurídica europea: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 139-164, esp. p. 157.

⁵⁰² C. E. DUBLER, “Les clauses d’exception en droit international privé”, *Études suisses de droit international*, vol. XXXV, Librairie de l’Université de Georg, Genève, 1983, pp. 36-45; A. E. VON OVERBECK, “Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents”, *RCADI*, vol. CLXXVI, 1982 – III, pp. 9-258.

⁵⁰³ F. VISCHER, “General Course on Private International Law”, *RCADI*, vol. CCXXXII, 1992 – I, pp. 9-255; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Objeto del Derecho Internacional Privado y especialización normativa”, *ADC*, vol. XLVI, 1993, pp. 1109-1151.

⁵⁰⁴ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª edición, 2008-2009, p. 503.

⁵⁰⁵ J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50; P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340; J. FOYER, “Entrée en vigueur de la Convention de

458. En sintonía con lo dispuesto, si el contrato presentaba la vinculación más estrecha con un Estado distinto del país de la residencia habitual del prestador característico ¿Por qué no acudía directamente a la búsqueda de la Ley del país con el que el contrato presentaba los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR)? En otras palabras, ¿Cuál era la utilidad de la cláusula de cierre en el ámbito de la contratación internacional?

459. El pensamiento de la doctrina se hallaba dividido. De un lado, P. LAGARDE⁵⁰⁶ entendía que la presunción general de la prestación característica conservaba su utilidad en la medida en que otorgaba una solución en aquellos supuestos en los que los “contactos” que el contrato presentaba con los distintos países se hallaban repartidos de manera igualitaria. De otro lado, A. KASSIS⁵⁰⁷ consideró dos ideas: o bien la distribución equitativa de los “contactos” que el contrato presentaba con los distintos países permitía localizar el contrato en el país con el que presentaba la vinculación más estrecha, por lo que acudir en primer lugar a la presunción de la prestación característica y, posteriormente, a la Ley del país más estrechamente vinculada con el contrato no tendría sentido. Debería acudir directamente a la regla general; o bien el reparto igualitario de los “contactos” que el contrato presentaba con los distintos países dificultaba la precisión de los vínculos más estrechos. En este caso, la presunción general de la prestación característica resultaba útil y arbitraria en la medida en que se hallaba desprovista de “proximidad”. En la misma línea, M. VIRGÓS SORIANO⁵⁰⁸ manifestó que la particularidad expuesta se fundamentaba en *“el compromiso que quiere lograr entre el principio conforme al cual deben producirse los desarrollos posteriores, y su concreción en normas generales para proporcionar la necesaria seguridad jurídica, con forma de presunciones que permitan, a su vez, la cristalización judicial de nuevas subreglas más específicas para supuestos especiales”*.

460. b) Cláusula de cierre en el Reglamento “Roma I”. El contrato se rige por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos (art. 4.4 Reg. Roma I) siempre que resulte imposible aplicar la norma de conflicto de leyes recogida en el art. 4.1 Reg. Roma I que contiene el “listado de los ocho contratos”, o bien, la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.2 Reg. Roma I que utiliza la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico como punto de conexión. Por esta razón, el art. 4.4 Reg. Roma I opera como “cláusula de cierre” para fijar la Ley aplicable al contrato.

Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, vol. CXVII, 1991, pp. 601-631.

⁵⁰⁶ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340, esp. p. 310.

⁵⁰⁷ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 305-306 estima que la « règle – présomption » contenida en el art. 4.2 CR es, para P. LAGARDE, « purement arbitraire ».

⁵⁰⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825, esp. pp. 786-787.

461. La “cláusula de cierre” encuentra aplicación, entre otros, en los supuestos siguientes⁵⁰⁹: contratos en los que no es posible precisar el país de la residencia habitual del prestador característico en el momento de celebración del contrato, tales como, la celebración de un contrato, en el que el prestador característico ostenta su residencia habitual en una zona de dudosa soberanía y, resulta complicado determinar el país del lugar de celebración del contrato. También, en los contratos en relación con los cuales la prestación característica se debe desde dos distintos Estados⁵¹⁰, en el caso de los contratos de garantía conjunta, en los que los garantes tienen su sede en Estados diferentes. Y, además, en los contratos sin prestación característica no incluidos en la lista de los “ocho contratos”⁵¹¹.

462. Los asuntos cubiertos por el art. 4.4 Reg. Roma I exigen al operador jurídico la fijación de la Ley aplicable al contrato a través del “principio de proximidad”. El Juez toma en consideración todos los elementos del contrato y determina el país que se halle más estrechamente vinculado con el mismo.

463. En suma⁵¹², la cláusula estipulada en el art. 4.5 CR operaba como “cláusula de cierre” para determinar la Ley aplicable al contrato en aquellos supuestos en los que no concurrían los elementos necesarios que permitían la intervención de las presunciones en el negocio internacional. La misma “cláusula de cierre” la contiene el art. 4.4 Reg. Roma I al disponer que el contrato se rige por la Ley del país con la presente los vínculos más estrechos cuando la Ley aplicable al mismo no pueda fijarse con arreglo a lo establecido en los apartados 1 ó 2 del art. 4 Reg. Roma I.

⁵⁰⁹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 721-722.

⁵¹⁰ L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46; esp. p. 30; L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en P. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 1-8, esp. p. 5.

⁵¹¹ Entre los ejemplos de contratos carentes de prestación característica no incluidos en la lista de los “ocho contratos” F. BONELLI, “La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires”, *IBLJ*, nº 3, 1985, pp. 389-404; L. RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie e conflitti di legge*, Giuffrè, Milano, 1984 se refieren a los contratos de intercambios de servicios y, en particular, a los contratos interbancarios; U. VILLANI, “Aspetti problematici della prestazione caratteristica”, *RDIPP*, vol. XXIX, 1993, pp. 513-540 se centra en los contratos de colaboración inter – empresarial; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 431-482 expone los contratos de *Know-how*, patentes y licencias de marcas.

⁵¹² E. CASTELLANOS RUIZ, *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, p. 131.

5. El Reglamento “Roma I” y la Ley aplicable al contrato: las soluciones del legislador de la UE. Proximidad, eficiencia y seguridad jurídica

A) El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980: autonomía de la voluntad conflictual y principio de proximidad

464. La entrada en vigor del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales⁵¹³ supuso, en el ámbito de la autonomía de la voluntad conflictual, la ruptura con las corrientes doctrinales anteriores. El Convenio de Roma otorgaba primacía al criterio “autonomía de la voluntad” de las partes contratantes y permitía a los particulares implicados elegir la Ley aplicable al contrato. Ahora bien, si éstas no elegían la Ley aplicable al mismo, el Convenio de Roma se inspiraba en el principio de proximidad para precisar cuál era la Ley estatal aplicable al contrato internacional⁵¹⁴.

465. El principio de proximidad en el Convenio de Roma presentaba una “estructura de cláusula general”⁵¹⁵ que obtenía una respuesta jurídica a partir de la concreción de la situación jurídica privada internacional. En otras palabras, el principio de proximidad consistía en un principio “guía” que potenciaba y facilitaba la investigación, la interpretación y la apreciación en la precisión de la Ley estatal aplicable que se correspondía con la Ley del país más estrechamente vinculada al contrato internacional.

466. Ahora bien, el Convenio de Roma no definía ni el “principio de proximidad” ni los “vínculos más estrechos”⁵¹⁶. En consecuencia, tales conceptos constituían términos indeterminados en el Convenio de Roma. Por tal razón, se ha tratado de concretar la noción de “vínculos más estrechos”⁵¹⁷. En este sentido, disponía el Convenio de Roma, además de la regla general que se erigía sobre el principio de proximidad, cuatro reglas especiales⁵¹⁸, respecto del derecho real inmobiliario, el

⁵¹³ Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 [80/934/CEE].

⁵¹⁴ Art. 4.1 CR dispone: “En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3º, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

⁵¹⁵ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5292.

⁵¹⁶ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980”, *La Ley*, Año XVI, nº 95, 1995, p. 1. Aunque algún autor afirma que las define, no es así.

⁵¹⁷ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340.

⁵¹⁸ P. M. NORTH, “The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations”, *Journal of Business Law*, nº 5, septiembre 1980, pp. 382-388.

contrato de transporte, el contrato concluido por un consumidor y el contrato de trabajo, que tenían por objeto precisar el concepto “vínculo más estrecho”.

467. En particular, la aplicación del “principio de proximidad” y del concepto “vínculos más estrechos” al contrato internacional se regía por un procedimiento de “valoración-decisión” denominado el proceso de *Counting and Weighing Contacts*⁵¹⁹. El *Balancing Test* o proceso de *Counting and Weighing Contacts* exige al intérprete ponderar todos los “contactos”⁵²⁰ (nacionalidad, domicilio, residencia habitual, lugar de celebración y ejecución del contrato, idioma, moneda de pago, etc) del contrato con los distintos países. La ponderación de los “contactos” se traduce en “contar y pesar” los “contactos” del contrato con los países con los que se halle vinculado. Ahora bien, la dificultad del procedimiento radica en que no todos los contactos “pesan” lo mismo.

468. Por tal razón, el intérprete puede distinguir en el contrato internacional⁵²¹: a) *Elementos con potencial localizador fuerte*, tales como el lugar de ejecución del contrato, la sede del contratante profesional y/o el contexto económico en el que se ha celebrado el contrato y b) *Elementos con potencial localizador débil*, tales como el tipo contractual, la naturaleza del contrato, la moneda con la que se efectúa el pago, la nacionalidad de las partes, etc.

469. Los elementos con un “potencial localizador fuerte” son, principalmente, aquéllos que permiten prever a las partes fácilmente la determinación del Derecho aplicable al contrato. En otras palabras, son “contactos” que refuerzan el *principio de previsibilidad* de la Ley aplicable. Por esta razón, los elementos con “potencial localizador fuerte” se utilizan como pautas dirigidas a encontrar el país más estrechamente vinculado con el contrato. No constituyen criterios *rígidos*. En este sentido, resulta posible que en un asunto concreto, se demuestre que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país, caso en el cual la Ley de dicho país rige el contrato. Mientras que, los elementos con un “potencial localizador débil” son aquéllos que por sí mismos no permiten a las partes prever la Ley aplicable al contrato. Únicamente juegan un papel indiciario.

⁵¹⁹ M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825.

⁵²⁰ En la misma línea W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP*, vol. LXXIX, n° 3, 1990, pp. 661 y ss. Considera que la búsqueda del punto de conexión « *plus fort* » consiste en la suma de todos los contactos existentes con un Estado concreto; L. F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41, esp. p. 25 en la que el autor entiende que el Convenio de Roma proporcionó un *cuadro jurisprudencial* presidido por las ideas siguientes: 1º) Búsqueda de la conexión desde dentro del contrato; 2º) Razonamiento no tipológico; 3º) Consideración a las expectativas de las partes contratantes y 4º) Ponderación de todos los elementos de hecho sin exclusiones.

⁵²¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 718-721.

470. El proceso de “*Counting and Weighing Contacts*” revela la difícil tarea que supone la concreción del “principio de proximidad” y de la noción “vínculos más estrechos”. Su identificación constituye una “*evaluación discrecional de los elementos de hecho del contrato no precatalogados*” (L. F. CARRILLO POZO⁵²²). En sintonía con ello, el Juez debe “*localizar objetivamente el contrato*” a partir de los distintos contactos que el contrato internacional presente con un país⁵²³.

471. En definitiva, la concreción de los “vínculos más estrechos” puede realizarse en dos etapas⁵²⁴: la primera etapa contiene una “*fase de recuento*”, en la que el Juez, condicionado por las “alegaciones” de las partes, determina los hechos susceptibles de “expresar” un vínculo con uno o más ordenamientos jurídicos. La segunda etapa integra una “*fase de valoración*”, en la que el Juez, de oficio, valora y pesa los contactos que el contrato presenta con los distintos ordenamientos jurídicos y aplica la norma de conflicto de leyes pertinente con independencia de la voluntad de las partes.

472. E incluso más, el Juez en el proceso de *Counting and Weighing Contacts* debe considerar, fundamentalmente y, entre otros, dos aspectos⁵²⁵: el Juez no debe imponer, a través de la aplicación del art. 4 CR, ningún *standard* de Justicia externo a la economía del contrato y la concreción de los “vínculos más estrechos” tiene lugar respecto de la determinación de la naturaleza, objeto y fin del contrato.

⁵²² L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46, esp. pp. 19 y 20 pone de manifiesto que el “*concepto vínculo más estrecho*” coincide con la “*voluntad hipotética de las partes*”. En este sentido indica “...*la fórmula de los vínculos más estrechos no es sino la cobertura formal de las expectativas de las partes en los casos de ausencia de elección*”.

⁵²³ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340, esp. p. 306 ; H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, nº 1, 2009, pp. 2-39, esp. p. 28 “*Si le juge a une marge de manoeuvre dans l’application des critères de rattachement, la prévisibilité des solutions ne semble plus complètement assurée*”.

⁵²⁴ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5300.

⁵²⁵ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5294 y ss reflexiona acerca de un “esquema argumentativo” fundado en una valoración *ex ante* (= valoración de los hechos que originan el conflicto) que *partes ideales* (= sujetos que inquieran maximizar su utilidad conjunta) realizarían de los vínculos en un asunto similar y ante un contrato semejante. Sobre dicho “esquema argumentativo” el Juez determinará el valor de los distintos vínculos que se hallan conectados con el contrato.

473. En consecuencia, y de conformidad con lo que disponía el art. 4 CR⁵²⁶, si un contrato internacional se hallaba manifiesta e igualmente vinculado con una pluralidad de Estados, resultaba difícil identificar la Ley estatal aplicable a dicho contrato. En este caso particular, si no resultaba posible determinar la Ley estatal aplicable al contrato internacional en virtud del principio de proximidad, la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico regía el contrato. No obstante, la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico “no se aplicará si no es la Ley que presente una conexión de no menor intensidad a la conexión existente con cualquier otro ordenamiento” (A. L. DIAMOND⁵²⁷). Por esta razón, la precisión de la Ley aplicable al contrato internacional en el Convenio de Roma no se construye a través de los tipos, sino de los elementos negociales (L. F. CARRILLO POZO⁵²⁸).

474. En definitiva y debido a la compleja estructura que presentaba el art. 4 CR, un sector de la doctrina⁵²⁹ argumentó que el principio de proximidad resultaba aplicable directamente y no de manera refleja. Mientras que, otro sector doctrinal⁵³⁰ defendía la

⁵²⁶ El art. 4.1 CR indica: “En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3º, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país”. Y el art. 4.2 CR manifiesta: “Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento”.

⁵²⁷ A.L. DIAMOND, “Conflict of Laws in the EEC”, *Current Legal Problems*, vol. XXXII, 1979, pp. 155-177; ID., “Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations”, *RCADI*, vol. CXCIX, 1986, pp. 133-321. Distingue la metodología de la prestación característica y el método de los vínculos más estrechos. Los presenta como dos realidades distintas y contradictorias de imposible armonización.

⁵²⁸ L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46, esp. p. 28.

⁵²⁹ L. F. CARRILLO POZO, *El Contrato Internacional: La prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 79. En la misma línea, entre otros, C.G.J. MORSE, “The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations”, *European Yearbook of International Law*, vol. II, 1983, pp. 107-171; M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825; O. LANDO, “Party Autonomy in the EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations”, en *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Larcier, Bruselas, 1981, pp. 191-225; F. POCAR, “L'entrata in vigore della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile ai contratti”, *RDIPP*, vol. XXVII, 1991, pp. 249-252; A. BORGIOI, “La Convenzione di Roma sulla legge applicabili alle obbligazioni contrattuali”, *Giurisprudenza Commerciale*, 1983, pp. 149-156; J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50.

⁵³⁰ M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de*

postura siguiente: la aplicación del principio de proximidad al contrato internacional se hallaba condicionada por el papel que las presunciones jugaran en el Convenio de Roma.

475. Ejemplo. Un sujeto italiano con residencia habitual en Roma, se dedica profesionalmente a la adquisición de obras de arte. Firma un contrato de compraventa con un individuo español residente en Madrid y en cuya virtud adquiere un lienzo de Caravaggio por 514.000 €. El contrato se negoció y firmó en Italia. El contrato indica que la mercancía debe ser entregada en Italia y el pago se recibirá en dicho país. Con posterioridad, el sujeto italiano descubre que el lienzo era falso y decide demandar al individuo español. ¿Qué Ley estatal presenta los “vínculos más estrechos” con el contrato internacional? Todos los “contactos”, con excepción de la nacionalidad y la residencia habitual del vendedor, presentan conexión con Italia: nacionalidad y residencia habitual del comprador, celebración y ejecución del contrato de compraventa, lugar de pago, etc. Por tal razón, la Ley italiana es la Ley estatal que regirá el contrato, puesto que, presenta los vínculos más estrechos con el contrato internacional celebrado.

Tabla núm: 12. Contrato de compraventa de obras de arte. Análisis económico del punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1 CR: el contrato se regula por la Ley del país con la que presenta los vínculos más estrechos.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la nacionalidad y de la residencia habitual del vendedor (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país de la nacionalidad y de la residencia habitual del comprador (Ley italiana)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de la celebración y ejecución del contrato (Ley italiana)
Sujeto español	10	90	40
Sujeto italiano	90	10	10
Total	= 100	= 100	= 50

476. Ejemplo. Se celebra un contrato por el que una empresa con sede en Bruselas suministra gran cantidad de chocolate belga a un particular español. La celebración del contrato tiene lugar en Viena y se pacta la entrega de la mercancía en París. ¿Qué Ley rige el contrato de suministro? El contrato de suministro se integra en la categoría “contrato de prestación de servicio”. En el contrato de prestación de servicios, la prestación característica constituye la prestación del servicio. Ahora bien, el caso presenta un contrato con elementos espacialmente muy dispersos por lo que determinar la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos resulta muy complicado. Por tal razón, la presunción del art. 4.2 CR facilitaba la búsqueda de la Ley del Estado con la que el contrato presentaba los vínculos más estrechos. La presunción general “administración central de una persona jurídica” contenida en el art. 4.2 CR ofrecía seguridad, puesto que, indicaba con precisión la Ley aplicable al supuesto internacional. Se presumía que el contrato presentaba los vínculos más estrechos con el país en que la parte que debía realizar la prestación característica, que se corresponde

Derecho Comunitario Europeo, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825; J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50.

con el prestador del servicio, tenía en el momento de la celebración del contrato su administración central. La administración central se encuentra en Bruselas. Por tanto, el contrato de suministro se regiría por la Ley belga.

Tabla núm: 13. Contrato de suministro de chocolate. Análisis económico del criterio empleado como punto de conexión por la norma de conflicto de leyes del art. 4.2 CR: la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede del prestador característico (Ley belga)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de celebración del contrato (Ley austriaca)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de ejecución del contrato (Ley francesa)
Empresa belga	10	90	90	70
Sujeto español	70	10	90	70
Total	= 80	= 100	= 180	= 140

477. Ejemplo. Un vendedor español y un comprador francés celebran en Alemania un contrato de compraventa de inmueble sito en Berlín. ¿Qué Ley rige el contrato de compraventa de inmueble? La presunción especial contenida en el art. 4.3 CR establecía que cuando el contrato tuviera por objeto un derecho real inmobiliario, o un derecho de utilización de un inmueble, se presumía que el contrato presentaba los vínculos más estrechos con el país donde se hallaba el inmueble. El bien inmueble se encuentra en Alemania. Por esta razón, la compraventa de inmueble se regiría por la Ley alemana.

Tabla núm: 14. Contrato de compraventa de bien inmueble. Análisis económico del punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.3 CR: la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador (Ley francesa)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble (Ley alemana)
Sujeto español	10	90	60
Sujeto francés	90	10	60
Total	= 100	= 100	= 120

B) El Reglamento “Roma I”: autonomía de la voluntad conflictual y principio de proximidad

478. En la misma línea que el Convenio de Roma, el Reglamento “Roma I”⁵³¹ establece el criterio “autonomía de la voluntad conflictual” como primer punto de conexión para determinar la *Lex Contractus*. Ahora bien, si las partes contratantes no eligen la Ley aplicable al contrato internacional, el Reglamento “Roma I” determina la Ley aplicable al mismo a partir de normas de conflicto de leyes *rígidas* que determinan incontestablemente la Ley estatal reguladora del contrato con independencia de las circunstancias específicas que inciden en el supuesto. Por esta razón, el principio de proximidad en el Reglamento “Roma I”⁵³² despliega un papel residual o subsidiario.

479. El principio de proximidad en el Reglamento “Roma I” se utiliza para precisar la Ley del contrato en el caso de que ni sea uno de los ocho contratos (art. 4.1 Reg. Roma I) ni disponga de una prestación característica (art. 4.2 Reg. Roma I). En efecto, el principio de proximidad resulta aplicable solamente si del conjunto de circunstancias se observa que el contrato posee vínculos *manifiestamente* más estrechos con un país distinto del designado por las normas de conflicto *rígidas* (art. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I). En otras palabras, desde el momento en que el art. 4.3 Reg. Roma I exige “vínculos manifiestamente más estrechos”, vínculos de elevado peso, se desliga de su antecesor el art. 4.5 CR y la actuación del principio de proximidad presenta carácter excepcional.

480. En definitiva, el principio de proximidad ejerce una doble función en el Reglamento “Roma I”: el principio de proximidad actúa como cláusula de escape de las normas especiales o general – aun cuando el Reglamento “Roma I” no contiene una cláusula de escape entendida en sentido estricto, sino más bien, una cláusula de excepción – y como cláusula de cierre del sistema⁵³³.

481. Ejemplo. Se celebra en Bélgica un contrato de venta de un piso sito en La Manga del Mar Menor entre dos sujetos de nacionalidad belga y residentes en Bélgica cuyo pago se efectuará en Bélgica. El contrato se rige, en principio, por la Ley española, puesto que, el bien inmueble está situado en España (art. 4.1.c Reg. Roma I). Ahora bien, un análisis de la situación contractual revela que existe una pluralidad de elementos que conectan de modo claro y manifiesto el contrato con Bélgica: nacionalidad de las partes, residencia habitual de las mismas, lugar de celebración, lugar de pago... En otras palabras, resulta de la situación contractual, de modo claro que el

⁵³¹ Art. 3.1 Reg. Roma I “El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”.

⁵³² O. LOPES PEGNA, “Il rilievo del collegamento più stretto dalla convenzione di Roma alla proposta di regolamento ROMA I”, *Rivista di Diritto internazionale*, n° 3, 2006, pp. 756-782, esp. pp. 759-760 considera que el legislador prefiere la previsibilidad de la Ley aplicable al contrato en detrimento y a expensas de la “flexibilidad” (= principio de proximidad) que caracterizaba el Convenio de Roma.

⁵³³ 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 LaLey*, n° 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con Bélgica que con España. En consecuencia, el contrato debe regirse por la Ley belga en atención a la cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 Reg. Roma I.

Tabla núm: 15. Contrato de compraventa de un bien inmueble. Análisis económico del criterio empleado por el punto de conexión contenido la cláusula de excepción del art. 4.3 Reg. Roma I.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la nacionalidad y de la residencia habitual de ambas partes contratantes, así como de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley belga)	Coste de aplicación del lugar de situación del bien inmueble (Ley española) (art. 4.1.c) Reg. Roma I)
Sujeto A (Belga)	10	70
Sujeto B (Belga)	10	70
Total	= 20	= 140

a) La metamorfosis del art. 4 Convenio de Roma al art. 4 Reglamento “Roma I”

482. En el Convenio de Roma, el art. 4 CR⁵³⁴ venía a significar lo siguiente: si las partes no elegían la Ley aplicable al contrato o dicha elección no resultaba válida⁵³⁵,

⁵³⁴ Un estudio del artículo 4 Convenio de Roma es realizado, entre otros, por los siguientes autores: L. F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46; S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento “Roma I”: algunas observaciones sobre artículos escogidos del proyecto de la comisión para un reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, pp. 541-568; S. FRANCO, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, nº 1, 2009, pp. 40-69; H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, nº 1, 2009, pp. 2-39; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *RCDIP*, vol. XCVII, nº 4, 2008, pp. 727-780; O. LOPES PEGNA, “Il rilievo del collegamento più stretto dalla convenzione di Roma alla proposta di regolamento ROMA I”, *Rivista di Diritto internazionale*, nº 3, 2006, pp. 756-782; P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340; ID., “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, vol. XCV, nº 2, 2006, pp. 331-349; C.G.J. MORSE, “The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations”, *European Yearbook of International Law*, vol. II, 1983, pp. 107-171; M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309; L. G. RADICATI DI BROZOLO, « L’influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *RCDIP*, vol. LXXXII, nº 3, 1993, pp. 401-424; - J.-M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50.

⁵³⁵ La libre elección de Ley aplicable al contrato por las partes (art. 3 CR y art. 3 Reg. Roma I) parte de la afirmación siguiente: el contrato se regirá por la Ley elegida por las partes. Ahora bien, dicha elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

la Ley reguladora del contrato se fijaba en virtud de lo indicado en el art. 4 CR. ¿Qué disponía el art. 4 CR?

483. En primer lugar, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del art. 4, el contrato se regía por la Ley estatal con la que presentaba los vínculos más estrechos⁵³⁶. En este sentido, el art. 4.1 CR constituía la regla general. Los párrafos siguientes, integrados por los arts. 4.2, 4.3 y 4.4 CR⁵³⁷, establecían presunciones que, salvo prueba en contrario, determinaban la Ley estatal que presentaba los lazos más estrechos con el contrato. En sintonía con ello, el Convenio de Roma optaba por un “sistema de presunciones”. Las presunciones aludidas escogían el Derecho del país más estrechamente vinculado con el contrato, si bien, en el caso de que éstas no localizaran el contrato en el país con el que el mismo presentaba los vínculos más estrechos, las presunciones contenidas en el Convenio de Roma cedían a favor del principio de proximidad.

484. La presunción general contenida en el art. 4.2 CR revelaba el punto de conexión “residencia habitual del prestador característico”. La identificación de la prestación característica requiere un análisis del tipo contractual, aun cuando, con carácter general, la prestación característica suele coincidir con aquella que permite distinguir un tipo contractual de los demás. En este sentido la prestación no dineraria constituye, en principio, la prestación característica de un contrato. Identificada ésta, resulta posible precisar la concreta Ley estatal aplicable al contrato. En consecuencia, el punto de conexión “residencia habitual del prestador característico” presenta un alto grado de seguridad jurídica internacional. Ahora bien, no sólo ventajas envuelven la prestación característica del contrato. ¿Y si el contrato carece de prestación característica? Si el contrato no encaja en el esquema intercambio de cosa por dinero (por ejemplo, contrato permuta de mercancías) la Ley aplicable no podía fijarse de conformidad con las presunciones recogidas en los arts. 4.2, 4.3 y 4.4 CR.

485. La aplicación práctica del art. 4 CR planteó, fundamentalmente, el problema siguiente: la doctrina y los tribunales de los distintos Estados miembros

⁵³⁶ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 246-284, esp. pp. 264 y 265 se pregunta “¿Qué « contactos » toma en consideración el art. 4.1 CR para determinar la Ley estatal más estrechamente vinculada con el contrato? Los vínculos a tener en cuenta para el art. 4.1 CR son los que presente el contrato a fecha de su conclusión”. Por tal razón, indica el autor, que “un contrato “interno” a la fecha de conclusión no presenta vínculos más que con un único país. En consecuencia, no comportará un problema de conflicto de leyes aun cuando dicho contrato se sometiera a la Jurisdicción de un país distinto”.

⁵³⁷ El art. 4.2 CR indica: “El contrato se regulará por la Ley del país de la parte que deba realizar la prestación característica respecto de cualquier tipo de contrato con carácter general”. El art. 4.3 CR pone de manifiesto en el contrato sobre bienes inmuebles: “La Ley del país donde se halle el bien inmueble respecto de aquellos contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización del inmueble regirá el contrato” Y el art. 4.4 CR expresa respecto del contrato de transporte: “La Ley del país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato si fuere el mismo lugar en el que se encuentra la carga o descarga o el establecimiento principal del expedidor respecto del contrato de transporte”.

interpretaron de manera muy distinta el papel que jugaban las presunciones contenidas en el art. 4 CR.

486. La interpretación posibilitó calificar a las presunciones como “elemento más” a tener en cuenta para hallar el país más vinculado con el contrato o como “elemento exclusivamente aplicable” en el caso de que existieran dudas razonables sobre cuál era el país más estrechamente vinculado con el contrato⁵³⁸.

487. No obstante, el Informe Oficial del Convenio de Roma de 1980⁵³⁹ fue muy claro a la hora de determinar el papel que ocupaban las presunciones: las presunciones constituían la primera solución para fijar la Ley aplicable al contrato a falta de elección de Ley por las partes contratantes. En este sentido, la Ley aplicable al contrato se fijaba en virtud de una presunción. La parte contratante disconforme con el resultado al que conducía la presunción, podía desvirtuarla y probar que era otra la Ley aplicable. Por tal razón, el Juez que conociera del litigio debía pronunciarse sobre la *eficiencia* de la prestación característica y motivaba la exclusión de la presunción si lo creía conveniente.

488. “La específica previsión normativa dirige la atención del operador jurídico sobre ella (= la presunción) obligándole a razonar acerca de su idoneidad para el logro del objetivo localizador final (= la determinación de la Ley que presente los vínculos más estrechos con el contrato)” (L. F. CARRILLO POZO, H. GAUDEMET-TALLON⁵⁴⁰). En otras palabras, en el art. 4, los apartados 2º, 3º y 4º “estaban al servicio” del art. 4.1 CR.

⁵³⁸ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980”, *La Ley*, Año XVI, nº 95, 1995, p. 1, expone la compleja estructura del art. 4 CR: “...la técnica aplicativa del art. 4 CR, en particular la interacción entre sus diversos apartados, ha sido objeto de interpretaciones dispares, con importantes consecuencias prácticas, pues el ordenamiento aplicable variaría, en ocasiones, según se siguiera una u otra interpretación”.

⁵³⁹ Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, realizado por M. GIULIANO, profesor de la Universidad de Milán y P. LAGARDE, profesor de la Universidad París I, [DOCE C 327 de fecha 11 de diciembre de 1992], pp. 1-47. En la misma línea se pronuncia M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5294 donde indica que el art. 4 CR constituye un “todo coherente” en el que, no sólo el principio de proximidad sino también el contenido de las presunciones, proporciona información al intérprete para precisar los “vínculos más estrechos” con el contrato. E incluso más, el autor concreta “A través de las presunciones se refuerza la previsibilidad (= salvo prueba en contrario valen sus soluciones), la claridad (= cualquier operador puede determinar el Derecho aplicable sin necesidad de recurrir a análisis complicados) y la uniformidad (= contratos con igual función participan de un igual “destino” en D.I. Privado)”.

⁵⁴⁰ L. F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46; H. GAUDEMET-TALLON, “Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE nº 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)”, *RTDE*, vol. XVII, 1981, pp. 215-285, esp. p. 247 considera que la flexibilidad y la incerteza que puede generar el principio de proximidad (art. 4.1 CR) “se modera” en consideración a las presunciones que indican al Juez, sin duda alguna, la Ley aplicable al contrato internacional.

489. En suma, la presunción producía, principalmente, los siguientes “efectos”⁵⁴¹: la presunción resultaba aplicable al contrato internacional si no se alegaban y probaban vínculos distintos entre el contrato y un ordenamiento jurídico. Ahora bien, aún cuando se alegaran y probaran dichos “contactos”, ante la duda si la hubiera, prevalecía la presunción. La presunción exigía una argumentación judicial “suficiente” de por qué el intérprete se “apartaba” de la presunción. E incluso más, la presunción se relevaba de la prueba de la conexión más estrecha, denominada “conexión de economía conflictual”.

490. En segundo lugar, en caso de que no pudieran operar las presunciones recogidas en el art. 4 CR o su aplicación manifestara una *proximidad insuficiente*, la Ley reguladora del contrato debía definirse a través de un examen casuístico de las circunstancias del contrato. En este sentido, el contrato se vinculaba a la Ley con la que presentaba los lazos más estrechos (art. 4.5 CR).

491. En tercer lugar y como excepción, si el contrato evidenciaba una intensa plurilocalización, el Juez aplicaba a las partes separables del contrato, las Leyes del país más estrechamente vinculado a cada una de ellas (*dépeçage judiciaire*).

492. Ejemplo. La empresa ALQUER, con sede en Murcia, vende diez toneladas de limones a la empresa MAGOT, con sede en París. El contrato se celebra en París y, en virtud del mismo, la empresa murciana se obliga a entregar la mercancía en París y el pago del precio se realizará en dicha ciudad. El contrato no contiene ninguna cláusula relativa al Derecho aplicable al mismo. Si una de las partes no cumpliera aquello a lo que se comprometió y de conformidad con el Convenio de Roma, ¿Qué Ley resultará aplicable al contrato?

493. En ausencia de elección de Ley aplicable por las partes al contrato internacional, el art. 4.1 CR establecía que el contrato se regulaba por la Ley estatal del país con el que presentaba los vínculos más estrechos. El principio de proximidad inspiraba la presunción contenida en el art. 4.2 CR “Ley del país de la residencia habitual del prestador característico” que en el supuesto planteado se corresponde con la Ley española. Ahora bien, la presunción podía desvirtuarse si existía otra Ley con la que el país presentara los vínculos más estrechos. La precisión del país más estrechamente vinculado con el contrato de compraventa se llevaba a cabo con la realización de un *Balancing Test*. El contrato se celebra en París y la ejecución de las obligaciones del contrato tiene lugar en París. En sintonía con ello, el contrato de compraventa se rige, de conformidad con lo establecido por el principio de proximidad, por la Ley francesa, puesto que, Francia es el país con el que dicho contrato se halla más estrechamente vinculado. Se “desvirtúa” la presunción a favor de la aplicación de la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato internacional.

⁵⁴¹ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5300.

494. La pregunta surge espontáneamente, ¿Cuánto ha cambiado al art. 4 el Reglamento “Roma I”? Un sector doctrinal considera que el art. 4 Reg. Roma I ha sufrido mínimas modificaciones respecto de su antecesor el art. 4 CR. En este sentido, y para algunos autores⁵⁴² la puesta en práctica del art. 4 CR planteó dos cuestiones: 1º) La estructura del art. 4 CR. La doctrina y la Jurisprudencia de los distintos Estados miembros dudaban acerca del carácter y la función de las presunciones: si éstas operaban como auténticas presunciones *iuris tantum* o si actuaban como “índices de concreción” del “principio de proximidad”. Y 2º) La complicada determinación del concepto de “prestación característica” en contratos mixtos, atípicos y complejos.

495. La nueva redacción de esta disposición intenta superar estos dos inconvenientes. En consecuencia, El art. 4 Reg. Roma I simplifica la estructura del art. 4 CR. El art. 4 Reg. Roma I se constituye sobre “dos escalones”: «*norma de conflicto + cláusula de escape*».

496. La estructura del precepto no parte, a diferencia de lo que hacía el Convenio de Roma, del principio de los vínculos más estrechos sino que despliega un catálogo de ocho reglas especiales en función del tipo contractual, del objeto o de las circunstancias del contrato, que permite concretar la prestación *más característica*, respecto del contrato de compraventa de mercaderías, contrato de prestación de servicios, contrato de franquicia y contrato de distribución, y la determinación del *centro de gravedad* del contrato, respecto del contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario, un contrato de arrendamiento de inmuebles, un contrato de venta de bienes mediante subasta y el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros. En otras palabras, algunos autores⁵⁴³ consideran que la mayoría de las normas contenidas en el art. 4.1 Reg. Roma I se inspiran en el principio de proximidad.

497. De la misma opinión, otros autores⁵⁴⁴ consideran que el art. 4 Reg. Roma I proporciona “certeza” y “previsibilidad” en la determinación de la Ley aplicable al contrato internacional y, además, somete el contrato a la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos.

⁵⁴² F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 Mayo 2008, versión *on line*; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *RCDIP*, vol. XCVII, nº 4, 2008, pp. 727-780.

⁵⁴³ P. LAGARDE / A. TENENBAUM “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *RCDIP*, vol. XCVII, nº 4, 2008, pp. 727-780, esp. p. 743. P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, vol. XCV, nº 2, 2006, pp. 331-349, esp. p. 339 opina respecto del art. 4.1 Reg. Roma I « *Cette fixité n’est pas satisfaisante et donne l’impression, sur le plan de la méthode, d’un retour aux années soixante, à l’époque de la rédaction des lois de droit international privé de Tchécoslovaquie et de Pologne* ».

⁵⁴⁴ Z. TANG, « Law Applicable in the Absence of Choice – The New Article 4 of Rome I Regulation », *Modern L. R.*, 2008, pp. 785 y ss; O. LANDO / P. A. NIELSEN, « The Rome I Regulation », *CMLR*, vol. XLV, nº 6, 2008, pp. 1687-1725; T. AZZI, « La Loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *Recueil Dalloz*, nº 31, 2008, pp. 2169 y ss.

498. En suma, el Juez aplica la Ley estatal designada de conformidad con lo establecido en el art. 4.1 Reg. Roma I, a menos que la parte interesada pueda probar que la situación jurídica privada internacional presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con un ordenamiento jurídico distinto de aquél al que le conduce el art. 4.1 Reg. Roma I (*A sensu contrario* la Sentencia de la *Cour de Cassation* – Cass.com 8 mars 2011 –⁵⁴⁵).

499. Otros autores dan un paso más⁵⁴⁶, puesto que, estiman que la secuencia lógica del art. 4 CR altera la literal. El Juez debía aplicar a la controversia contractual en primer lugar las presunciones y, posteriormente, si ninguna de ellas “encajaba” en la naturaleza del contrato, acudía al principio de los vínculos más estrechos. Para este autor (E. VITTA), el principio de proximidad se utilizaba respecto de aquellas situaciones jurídicas privadas internacionales que no se hallaban comprendidas en las presunciones.

500. De la misma opinión, otros autores⁵⁴⁷ consideraban que el art. 4 CR constituía un sistema que combinaba “flexibilidad” y “previsibilidad” cuya aplicación se justificaba en la medida en que dicho sistema resultaba aplicable a todo tipo de contratos. En este sentido, el art. 4 CR presentaba una estructura “circular” que constituía un “Derecho concentrado” que necesitaba de un posterior desarrollo. Se evidenciaba el principio regulador, que se correspondía con el principio de proximidad y, se enunciaban normas “abiertas” que se concretaban en las presunciones⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ J. MOREL – MAROGER, “Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés européennes”, *JDI Clunet*, nº 2, 2010, pp. 579-589 expone el siguiente supuesto “Cass.com – 8 mars 2011.- nº 09-11.751, FS-D”: la sociedad alemana “Molkerei Alois Müller” presta garantía para el reembolso de un crédito, acordado para la sociedad alemana “Wes” con fecha 18 de agosto de 1994. Después de la quiebra de la sociedad alemana deudora – “Wes” –, la sociedad acreedora alemana – “Molkerei Alois Müller” – presenta el depósito en Francia para ejecutar su compromiso. El Juez francés puede aplicar a este caso, la Ley suiza de la residencia habitual de la parte que lleva a cabo la prestación característica del contrato, o bien, la Ley alemana porque este supuesto presenta, en principio, los vínculos más estrechos con Alemania, lo que conduce a descartar la presunción del art. 4.2 CR a favor del principio general de proximidad recogido en el art. 4.5 CR. La decisión adoptada por la *Cour de Cassation*, rompe con la jurisprudencia anterior, puesto que, toma en consideración, no el Convenio de Roma, sino la evolución que acogería, con posterioridad, el Reglamento “Roma I”. El Reglamento “Roma I” señala que la Ley aplicable a este contrato coincide con la Ley suiza porque es la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I), si bien, el contrato presenta vínculos más estrechos con Alemania, puesto que, el préstamo se contrata entre dos sociedades alemanas, la obligación se suscribe en Alemania y el pago también se efectúa en moneda alemana.

⁵⁴⁶ E. VITTA, “L’incidenza della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali”, en M. CAPPELLETTI / A. PIZZORUSSO *L’influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 389-409.

⁵⁴⁷ P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, vol. XLV, nº 6, 2008, pp. 1687-1725, esp. p. 1700 profundizan en la siguiente idea: el art. 4.1 CR permite al Juez un margen de maniobra respecto de la determinación de la Ley estatal con la que el contrato presente *presumiblemente* los vínculos más estrechos y, además, puede recurrir a la cláusula de escape si considera que la presunción *no funciona* de acuerdo con el principio de proximidad. Sin embargo, los autores consideran, que en la práctica, la *relación* entre las presunciones y la cláusula de escape comporta incerteza a las partes contratantes en la precisión de la Ley aplicable al contrato internacional.

⁵⁴⁸ M. VIRGÓS SORIANO, “El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825, esp. p. 787.

501. Otro sector doctrinal⁵⁴⁹ estimaba que el art. 4 CR había sido objeto de notorias modificaciones al ser “transplantado” al Reglamento “Roma I”. En sintonía con ello, resulta necesario tomar en consideración varias cuestiones:

502. Primera cuestión: el principal problema real al que se enfrentó el Convenio de Roma fue la aplicación, por parte de los tribunales estatales, de su propia Ley nacional a las situaciones jurídicas privadas internacionales con independencia de que la *Lex fori* resultara, o no, la Ley del país más estrechamente vinculada con la situación jurídica privada internacional específica. En consecuencia, el Reglamento “Roma I”, al establecer puntos de conexión *rígidos* respecto de la Ley estatal aplicable a determinados contratos, imposibilita al Juez la aplicación de su Ley nacional. El contrato internacional se regula por la Ley estatal designada en el Reglamento “Roma I”.

503. Segunda cuestión: La decisión del legislador de la UE es importante por lo que dice y aún más significativa por lo que no menciona. El legislador elimina el principio de proximidad en el Reglamento “Roma I”. Principio y norma no son conceptos equivalentes⁵⁵⁰. Si bien el principio inspira la norma, dicha afirmación puede

⁵⁴⁹ L. F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41; B. CORTESE, “La proposta di regolamento “Roma I”: “Spunti critici su collegamento obiettivo e rapporti con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme” en P. FRANZINA *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento “Roma I”*, Cedam, Rovigo, 2006, pp. 41-49, esp. p. 42 expresa que el nuevo artículo 4 (Reglamento Roma I) constituye, sin duda, un “cambio de filosofía importante”; P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation“, *CMLR*, vol. XLV, nº 6, 2008, pp. 1687-1725, esp. p. 1702 indica “The Commissions’s proposal for a new Article 4 was a radical break with the approach of the Rome Convention“. Reitera la idea en p. 1703 “Even though the new Article 4 of Rome I is radically different in terms of structure and methodology from Article 4 of the Rome Convention“.

⁵⁵⁰ P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, vol. XCV, nº 2, 2006, pp. 331-349, esp. p. 339 inquiere el principio que inspira las normas contenidas en el art.4.1 Reg. « Roma I ». En sintonía con ello, manifiesta : « *Les plus nombreux reposent heureusement sur l'idée de proximité, concrétisée soit par la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique (lettres a, b, c, e et f), soit par la localisation de l'immuable objet du contrat (lettre d). Mais on comprend moins bien que les contrats de franchise et de distribution (lettres g et h) soient rattachés aux lois respectives du franchisé et du distributeur, contrairement à la solution qui avait fini par prévaloir en France. L'exposé des motifs de justifie ce rattachement par le souci de protéger la franchisé et le distributeur en tant que parties faibles* ». L. F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41, esp. p. 31 también intenta conocer el principio que inspira las normas contenidas en el art. 4.1 Reg. “Roma I”: “*el legislador del Reglamento “Roma I” parece determinar los puntos de conexión del contrato de compraventa, prestación de servicios y contrato de transporte en atención al prestador característico. Respecto de los contratos de arrendamiento e inmobiliarios no ha seguido dicho criterio en absoluto. Y en el mundo de los contratos complejos (propiedad industrial, distribución, franquicia) cabe pensar: 1º) que el legislador selecciona el punto de conexión en consideración a la “prestación más característica” del contrato o bien 2º) que ha prescindido de dicha consideración*”.

suscitar la cuestión siguiente: resulta imposible que un principio que inspira una norma actúe como excepción (art. 4.3 Reg. Roma I = cláusula de excepción⁵⁵¹) y sólo se aplique en defecto del art. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I. En sintonía con ello, resulta aplicable al contrato internacional la Ley del Estado con la que presente los vínculos más estrechos únicamente si del contrato se desprende *claramente* que éste presenta lazos *manifiestamente* más estrechos con un ordenamiento jurídico distinto del asignado en los arts. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I.

504. Tercera cuestión: la Ley estatal aplicable al contrato internacional se fija en virtud de una norma de conflicto de leyes *rígida y huérfana de elementos de Justicia conflictual*⁵⁵² (art. 4 Reg. Roma I). En el Convenio de Roma, la Ley estatal aplicable al contrato internacional en defecto de elección se regía por el principio “inspirador” de la proximidad, mientras que, el Reglamento “Roma I” no admite ningún margen de error⁵⁵³. La calificación del contrato internacional y su inclusión en cualquiera de las categorías predefinidas en el Reglamento “Roma I” impide siquiera un mínimo margen de maniobra al Juez. En sintonía con ello, cabe la posibilidad de que la Ley estatal aplicable al contrato internacional, de conformidad con lo establecido en el Reglamento “Roma I”, conduzca a un resultado injusto para las partes, a la aplicación de una Ley estatal que no resulte previsible para las partes contratantes y les comporte elevados costes conflictuales. Por estas razones, la disposición contenida en el art. 4.1 del Reg. Roma I únicamente favorece, en principio, la posición del Juez, puesto que, le facilita la precisión de la Ley estatal aplicable al concreto contrato internacional, si bien puede perjudicar a las partes contratantes.

505. En definitiva, y de conformidad con lo expuesto, la entrada en vigor del Reglamento “Roma I” ha modificado manifiesta y radicalmente el art. 4 CR. En sintonía con ello, mientras que el art. 4.1 CR situaba su base en la máxima “*el contrato queda sujeto a la Ley del país con la que presente los vínculos más estrechos*”, el nuevo art. 4 Reg. Roma I impone, obligatoria e imperativamente, un “desarrollo concreto” del principio de proximidad. La sustitución del Convenio de Roma por el Reglamento “Roma I” resultaría necesaria en la medida en que éste último aportara mayor grado de seguridad jurídica que la proporcionada por el Convenio de Roma.

⁵⁵¹ El art. 4.3 Reg. Roma I indica: “Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrecho con otro país distinto del indicado en los apartados 1 ó 2, se aplicará la ley de este otro país”.

⁵⁵² L. F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46.

⁵⁵³ H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, nº 1, 2009, pp. 2-39. indica “...l’adoption de règles fixes est préférable à des solutions qui varient en fonction de l’interprétation des divers juges nationaux”; L. G. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa” en P. FRANZINA *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento “Roma I”*, Cedam, Rovigo, 2006, pp. 1-9, esp. 5 expone la intención del legislador respecto a las reformas realizadas en el art. 4 del Reg. Roma I dirigidas a potenciar la *previsibilidad* en la precisión de la Ley aplicable al contrato internacional en ausencia de elección por las partes contratantes frente a la *eficiencia* característica del Convenio de Roma.

506. Ahora bien, F. MARRELLA⁵⁵⁴ considera que aún cuando la doctrina valora positivamente la *calidad técnica* y el *buen funcionamiento* de las normas contenidas en el Convenio de Roma, resulta necesario un “ajuste a la realidad contractual” en atención al número creciente de contratos internacionales que se celebran. En este sentido, cabe preguntarse ¿Corresponde el Reglamento “Roma I” a una respuesta satisfactoria para las partes contratantes y para el comercio internacional?

b) El nuevo enfoque del art. 4 Reglamento “Roma I”

507. El Reglamento “Roma I” da vida a un muy nuevo artículo 4. El Reglamento “Roma I”, a diferencia del Convenio de Roma, abandona el “sistema de presunciones”⁵⁵⁵ porque manifiesta que, en ausencia de libre elección de Ley aplicable por las partes (art. 3 Reg. Roma I), el proceso a seguir para precisar la Ley reguladora contrato internacional es el siguiente:

508. En primer lugar se califica el tipo contractual y posteriormente se aplica la norma contenida expresamente en el articulado legislativo. En este sentido, el problema únicamente puede plantearse respecto de la calificación del tipo contractual⁵⁵⁶. El Reglamento “Roma I” no contiene una disposición legal que indique cómo practicar la calificación de un contrato, esto es porque asume la tesis de la “calificación ejemplificativa” que consiste en lo siguiente⁵⁵⁷: el Reglamento “Roma I” integra un listado de cuestiones controvertidas titulada “ámbito de la Ley aplicable” (art. 12 Reg.

⁵⁵⁴ F. MARRELLA, “La scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali”, en P. FRANZINA *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento “Roma I”*, Cedam, Rovigo, 2006, pp. 28-40, esp. p. 33; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 165-174 considera que la aplicación subsidiaria de «*la méthode conflictuelle*» al contrato internacional proporciona la imagen de un Derecho incierto, ambiguo y distendido, así como imprevisible e inseguro jurídicamente para las partes contratantes.

⁵⁵⁵ P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, vol. XCV, nº 2, 2006, pp. 331-349, esp. p. 335. expone que “*En el Convenio de Roma, las normas de conflicto de leyes “descansan” sobre dos principios fundamentales: la autonomía de la voluntad y el principio de proximidad. El Reglamento “Roma I” “rompe” ese equilibrio. El principio de autonomía de la voluntad subsiste, privado de su complemento. El principio de proximidad se convierte en una lista de soluciones particulares, cuyo “vínculo de coherencia” no resulta evidente*”. En la misma línea M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5290 “*El Convenio de Roma sigue una técnica flexible de regulación, capaz de adaptarse a una realidad en continuo cambio, la del tráfico internacional*”.

⁵⁵⁶ El problema de la calificación contractual respecto de determinados contratos es estudiado, entre otros por, P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *RCDIP*, vol. XCVII, nº 4, 2008, pp. 727-780; V. P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement Bruxelles I”, *JDI*, nº 3, 2008, pp. 675-717; M. E. ANCEL, «*Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I*», *RCDIP*, vol. XCVII, nº 3, 2008, pp. 561-579.

⁵⁵⁷ M. FALLON, “La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LVI, nº 2, 2004, pp. 821-836.

Roma I⁵⁵⁸). En consideración a dicho listado, el legislador de la UE califica cuestiones “contractuales” que son aquellas reguladas por las normas de conflicto de leyes contenidas en el Reglamento “Roma I”, y las cuestiones “no contractuales” que se corresponden con las no reguladas por las normas de conflicto de leyes contenidas en el Reglamento “Roma I”. En consecuencia, el problema de la calificación de un contrato subsistirá respecto de aquellas cuestiones problemáticas que el legislador de la UE no ha incluido en el art. 12 Reg. Roma I.

509. Superado el problema de la calificación del contrato internacional, si éste no se halla en el listado de los ocho contratos (art. 4.1 a)-h) Reg. Roma I) o los elementos del contrato corresponden a más de una de las letras del apartado primero, el contrato se rige por la Ley del país donde tenga la residencia habitual la parte a la que se exija la ejecución de la acción que caracteriza el contrato. En otras palabras, resulta aplicable la Ley del país donde tiene la residencia habitual la parte que realiza la prestación característica (art. 4.2 Reg. Roma I) en una relación jurídica.

510. En última instancia, si la precisión de la Ley aplicable no es posible en virtud de lo dispuesto en los arts. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I, el contrato se regula por la Ley del país con la que presenta los vínculos más estrechos (art. 4.3 y 4.4 Reg. Roma I).

511. Ejemplo. La empresa ALQUER, con sede en Murcia, vende diez toneladas de limones a la empresa MAGOT, con sede en París. El contrato se celebra en Roma y, en virtud del mismo, la empresa murciana se obliga a entregar la mercancía en París y el pago se recibirá en dicha ciudad. El contrato no contiene ninguna cláusula relativa al Derecho aplicable al contrato. En caso de controversia, y de conformidad con el Reglamento “Roma I”, ¿Qué Ley resultará aplicable al contrato? En ausencia de elección de Ley aplicable por las partes al contrato internacional, el art. 4.1. a) Reg. Roma I dispone que el contrato de compraventa de mercaderías se rija por la Ley de la residencia habitual del vendedor. En consecuencia, el contrato de compraventa celebrado entre la empresa murciana y la empresa parisina se regirá por la Ley española, puesto que, la empresa española ocupa la posición vendedora.

⁵⁵⁸ El art. 12 Reg. Roma I indica: “1. La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: a) su interpretación; b) el cumplimiento de las obligaciones que genere; c) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo; e) las consecuencias de la nulidad del contrato. 2. En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento”.

c) Análisis técnico y test de eficiencia del art. 4.1 Reg. Roma I⁵⁵⁹

512. El Reglamento “Roma I”, mediante normas de conflicto uniformes, favorece el buen funcionamiento del mercado interior y facilita la creación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia⁵⁶⁰. En otras palabras, garantiza al ciudadano el ejercicio efectivo de las libertades recogidas en la Versión consolidada TUE-TFUE⁵⁶¹.

513. La unificación de las normas de conflicto de leyes⁵⁶² incrementa la previsibilidad y la seguridad jurídica respecto de la Ley aplicable al contrato (cons. 6 y 16 Reg. Roma I). Las partes contratantes conocerán *ex ante* las consecuencias de sus actos. Por tanto, la unificación de las normas de conflicto de leyes evita el fenómeno del *Forum Shopping*⁵⁶³. La Ley estatal aplicable a un contrato internacional será la misma

⁵⁵⁹ Art. 4.1 Reg. 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 un arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la Ley del país donde esté sito el bien inmueble; d) 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 persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país; e) el contrato de franquicia se regirá por la Ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual; f) el contrato de distribución se regirá por la Ley del país en el que 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; y 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”.

⁵⁶⁰ S. BARIATTI, “The future “communitarization” of the Choice of Law Rules on Non-Contractual Obligations (The “Rome I” Regulation)”, en A. MALATESTA *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Cedam, Padova, 2006, pp. 19 y ss; ID., “La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale private!”, *RDIPP*, vol. XLI, n° 1, 2005, pp. 5-24; E. JAYME, “Il diritto internazionale private nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normative nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, vol. XLII, n° 2, 2006, pp. 353-360; P. LAGARDE, “Développements futures du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, n° 68, 2004, pp. 225-243; D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Parite générale*, Presses universitaires de France, Paris, 2007, pp. 264 y 579-593.

⁵⁶¹ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de fecha 9 mayo 2008 [2008/ C 115/ 01]

⁵⁶² A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 165-174 diferencia los métodos de reglamentación de las relaciones objetivamente internacionales. En particular, se concretan en los siguientes: 1º) Aplicar a la relación jurídica objetivamente internacional las normas de Derecho interno que la regirían si dicha relación jurídica careciera de vínculos internacionales. 2º) Elaboración por parte del legislador de un sistema de normas de Derecho material especial para las relaciones que presenten “contactos” internacionales y 3º) Unificación de las normas de conflicto de leyes. El autor considera este último método « *la plus satisfaisante, ou plutôt la moins mauvaise, parce qu’elle tend à assurer une certaine continuité et une certaine uniformité dans la réglementation des relations objectivement internationales* ».

⁵⁶³ C.G.J. MORSE, “The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations”, *European Yearbook of International Law*, vol. II, 1983, pp. 107-171 concreta los caracteres del *Forum Shopping*:

con independencia del tribunal que conozca del asunto. E incluso más, la unificación de las normas de conflicto de leyes impulsa el principio de mutuo reconocimiento de las decisiones judiciales y de aquéllas adoptadas por la autoridad pública de un Estado miembro (cons. 3 y 4 Reg. Roma I). En consecuencia, la eliminación de normas de conflicto de origen nacional, europeo y/o convencional que “amenazan” la seguridad jurídica internacional favorece la armonización con los Reglamentos europeos de reconocimiento y ejecución⁵⁶⁴.

514. Ahora bien, el principio de mutuo reconocimiento resulta, en principio, irrelevante en materia de contratación internacional⁵⁶⁵. Las razones que justifican dicha afirmación pueden concretarse, entre otras, en las siguientes⁵⁶⁶: el principio de mutuo reconocimiento no interviene en la determinación de la Ley aplicable de un contrato cuya existencia no ha sido declarada por la autoridad de un Estado miembro y, además, el principio de mutuo reconocimiento en materia de contratación internacional podría obligar a la UE a “reconocer” un contrato sujeto a la Ley de un Estado no miembro.

515. El art. 4.1 Reg. Roma I contiene una norma de conflicto de leyes *rígida*. En otras palabras, la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1 Reg. Roma I asigna a cada tipo contractual (contrato de compraventa de mercaderías, contrato de prestación de servicios, contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o arrendamiento de un bien inmueble, contrato de franquicia, contrato de distribución, contrato de venta de bienes mediante subasta y contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros) su Ley aplicable.

1º) El *Forum Shopping* habilita al demandante para buscar y elegir el foro que le proporcionará una solución más favorable. 2º) La elección de dicho foro le comporta al demandante una solución más favorable que la que habría obtenido si se hubiere aplicado cualquier otro foro. 3º) El *Forum Shopping* se considera una práctica indeseable.

⁵⁶⁴ S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento “Roma I”: algunas observaciones sobre artículos escogidos del proyecto de la comisión para un reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, pp. 541-568.

⁵⁶⁵ CH. KOHLER, “La Cour de Justice des communautés européennes et le droit international privé”, *TCFDIP*, 1993/95, París, 1996, pp. 71-87; S. BARIATTI, “Prime considerazione sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario”, *RDIPP*, vol. XXXIX, 2003, pp. 671-706; ID, “Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni”, *RDIPP*, vol. XLII, 2006, pp. 361-376; H. D. TEBBENS, “Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l’épreuve du droit communautaire”, *RCDIP*, vol. LXXXIII, 1994, pp. 451-482; M. V. BENEDETTELLI, “La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato”, *Rivista delle società*, 1997, pp. 39-113.

⁵⁶⁶ P. FRANZINA, “Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali” en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (DIRS.) *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 299-370; A. MALATESTA, “Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?”, *RDIPP*, vol. XLIII, 2007, pp. 293-312.

516. En sintonía con ello, la pregunta que cabe formularse puede concretarse en la siguiente, ¿Una norma de conflicto de leyes *rígida* ofrece un alto grado de seguridad jurídica a las partes contratantes y al comercio internacional? E incluso más, ¿Una norma de conflicto de leyes *rígida* comporta los costes conflictuales menores a las partes contratantes y favorece el intercambio internacional entre éstas?

517. El punto de conexión en el Reglamento “Roma I” se despoja del carácter de presunción para convertirse en un punto de conexión *rígido* que determina inevitablemente la Ley aplicable al contrato, sea ésta o no, la Ley del país con la que el contrato presenta los lazos más estrechos. El inconveniente de una conexión *rígida* radica en la imposibilidad de interpretación y apreciación por parte del Juez para motivar la respuesta del ordenamiento jurídico a las distintas y variadas formas de contratación internacional, que en ocasiones, conduce a un resultado *ineficiente*.

518. La pregunta que plantea L. F. CARRILLO POZO⁵⁶⁷ “¿Hemos pasado de la justicia conflictual a la exaltación de la facilidad, de la especialización normativa a guillotinar los matices?” se convierte en una afirmación.

519. En este sentido, la certeza y la seguridad jurídica internacional para las partes contratantes y para el comercio transnacional no se encuentra en una norma de conflicto *rígida* que conceda una única solución a la controversia sino en una norma de conflicto *eficiente* que resulte previsible para las partes contratantes. El contrato internacional se regirá por la Ley estatal con la que las partes contratantes contaron desde el momento de su inserción en el tráfico internacional. Y, además, por una norma de conflicto de leyes que también comporte mínimos “costes de transacción conflictuales” a las partes contratantes para potenciar el intercambio internacional.

⁵⁶⁷ L. F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41, esp. p. 31. Para otros autores M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5298 “*Simplicidad y automaticidad son valores importantes asociados a la idea de certeza y a la fluidez del tráfico internacional*”. En la misma línea indican algunos autores B. CORTESE, “La proposta di regolamento “Roma I”: Spunti critici su collegamento obiettivo e rapporti con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme” en P. FRANZINA *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento “Roma I”*, Cedam, Rovigo, 2006, pp. 41-49; P. MENGOZZI, “Norme di applicazione necessaria e progetto di convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligación contrattuali (La Conflict of laws revolution attraversa l’oceano)” *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, vol. CXCVII, n° 1, 1979, pp. 3-41; E. VITTA, “Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligación contrattuali”, en Consiglio Nazionale del Notariato, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligación contrattuali*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 121 y ss; F. MOSCONI, “La convenzione di Roma e le recenti teorie americane sui conflitti di leggi”, en TREVES *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Cedam, Padova, 1983, pp. 47 y ss consideran que el art. 4 Reg. Roma I constituye una “(contro)rivoluzione” respecto de lo que supuso “*The European conflicts of Laws revolution*”.

520. Ejemplo. Un ciudadano francés y un sujeto español celebran un contrato de compraventa de queso francés en el aeropuerto Berlín - Tegel por el que el sujeto francés se obliga a entregar la partida de queso en Madrid y el sujeto español deberá pagar el precio estipulado en dicha ciudad. ¿Qué Ley estatal resulta *eficiente* desde el punto de vista conflictual para regir el contrato de compraventa internacional?

521. La tabla siguiente revela los costes conflictuales que debe soportar cada parte respecto de la celebración del contrato de compraventa.

Tabla núm: 16. Contrato de compraventa de queso. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del prestador característico en comparación con los criterios del lugar de ejecución del contrato y de la "Paradoja de Alaska".

	Coste de aplicación de la Ley de la residencia habitual del vendedor (Ley francesa) (art. 4.1a) Reg. Roma I)	Coste de aplicación de la Ley de la residencia habitual del comprador y Ley del lugar de ejecución del contrato (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del lugar de celebración del contrato (Ley alemana)	Coste de aplicación de la Paradoja de Alaska
Ciudadano francés	10	60	90	100
Ciudadano español	90	40	90	100
Total	= 100	= 100	= 180	= 200

522. Esta tabla pone de relieve, fundamentalmente, los aspectos siguientes:

1º) La solución que proporciona el Reglamento "Roma I" consiste en aplicar a este contrato de compraventa y, a cualquier otro, la Ley del país de la residencia habitual del vendedor. Ahora bien, en este supuesto, el ciudadano francés – vendedor –, a diferencia del ciudadano español – comprador –, soportará mínimos costes de adaptación e información al Derecho francés, puesto que, se aplica su Derecho al contrato internacional.

2º) En el sentido contrario, la aplicación a este contrato internacional de la Ley del país de la residencia habitual del comprador y de la Ley del lugar de ejecución del contrato – Ley española – comporta costes conflictuales globales repartidos equitativamente entre ambas partes contratantes y costes conflictuales totales reducidos para ambos particulares implicados. Esto es así porque la Ley española se corresponde con la Ley del país con la que los particulares contaban desde el momento de la celebración del contrato internacional, ya que acuerdan que será Madrid el lugar de ejecución del contrato.

3º) No obstante, la aplicación al contrato internacional de la Ley del lugar de su celebración – Ley alemana – comportará elevados costes conflictuales a ambas partes contratantes, puesto que, en este supuesto, el lugar de celebración del contrato se corresponde con un emplazamiento fortuito o casual. Por esta razón, el coste de información y adaptación de comportamiento jurídico por las partes contratantes al Derecho alemán, les generará costes conflictuales altos.

4º) En el supuesto hipotético de que el Reglamento "Roma I" hubiera establecido que cualquier contrato internacional se rige por la "Ley de Alaska", los particulares implicados en la celebración de este contrato de compraventa internacional

soportarían un altísimo grado de seguridad jurídica internacional, puesto que, el Juez aplicaría, siempre y en todo caso, la Ley de Alaska a la celebración de un contrato internacional. No cabe duda sobre cuál es la Ley aplicable. Sin embargo, también sufragarían ambas partes contratantes elevados costes conflictuales porque el coste de información y adaptación al Derecho de Alaska que deben asumir las partes es elevadísimo.

523. En resumen, el Reglamento “Roma I” no necesita conocer el coste de aplicación de las distintas Leyes que se hallan conectadas con el supuesto. El Reglamento “Roma I” califica el ejemplo planteado como contrato de compraventa de mercaderías. Y, acto seguido, le asigna la Ley aplicable. En consecuencia, el contrato de compraventa de mercaderías (art. 4.1.a) Reg. Roma I) se rige por la Ley del país de la residencia habitual del vendedor. En el supuesto planteado, la Ley francesa regirá el contrato, con independencia de que sea ésta la Ley que localice eficientemente el contrato y comporte mínimos costes conflictuales a ambos particulares implicados.

d) Análisis técnico y test de *eficiencia* de los arts. 4.2, 4.3 y 4.4 Reg. Roma I⁵⁶⁸

524. Los arts. 4.2, 4.3 y 4.4 Reg. Roma I se inspiran en el principio de proximidad. Por esta razón, las normas de conflicto de leyes contenidas en los arts. 4.2, 4.3 y 4.4 Reg. Roma I precisan la Ley aplicable al contrato internacional a partir del análisis de todos los contactos que el contrato presente con los distintos países con los que se halla vinculado. En otras palabras, los arts. 4.2, 4.3 y 4.4 Reg. Roma I determinan la Ley aplicable por concreto contrato. El procedimiento a seguir puede concretarse en el siguiente:

525. En primer lugar, la norma de conflicto de leyes debe localizar eficientemente el contrato a través de la utilización de la tesis de la “*esfera de dominio legal*”⁵⁶⁹. Los particulares implicados en la celebración de un contrato internacional conocen mejor aquellas Leyes con las que se hallan familiarizados y con arreglo a las cuales están habituados a comportarse, mientras que, conocen peor las Leyes a las que nunca han tenido que adaptar su comportamiento jurídico. Por esta razón, cada parte contratante dispone de su “*esfera de dominio legal*”.

526. La precisión de las Leyes que se hallan en la “*esfera de dominio legal*” del particular implicado exige conocer la posición que ocupa el sujeto en el acceso al

⁵⁶⁸ Art. 4.2 Reg. Roma I: “Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato”.

Art. 4.3 Reg. Roma I: “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 ó 2, se aplicará la ley de este otro país”.

Art. 4.4 Reg. Roma I: “Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 ó 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

⁵⁶⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011, p. 84.

concreto ordenamiento jurídico estatal y el grado de conocimiento que tiene respecto a esa Ley, así como también, la dificultad de adaptación de su comportamiento jurídico a ese Derecho. En consecuencia, resulta muy difícil la precisión, *ex ante*, de las Leyes que forman parte de la “esfera de dominio legal” de cada parte contratante. E incluso más, una vez “cerrada” la “esfera de dominio legal” de un particular resulta todavía si cabe más complicada, la determinación de la Ley estatal que presente mayor grado de familiaridad jurídica con el sujeto.

527. En segundo lugar, también resulta necesario considerar, siempre y en todo caso, las circunstancias de hecho del supuesto a la hora de precisar la Ley aplicable al contrato internacional. Por esta razón, si bien el legislador fija el punto de conexión para “casos generales”, será el Juez quien en ocasiones y en atención a las particularidades de cada supuesto deba precisar la Ley aplicable al mismo.

528. Ejemplo. Se celebra un contrato de compraventa entre empresa española y la empresa alemana, con fábrica en España, por el que la empresa española adquiere una partida de productos artesanales de porcelana de *meissen* con objeto de venderlos en su sucursal colombiana.

529. La empresa española dispone de una “esfera de dominio legal” compuesta por la Ley española, puesto que, la empresa española contrata y ajusta su comportamiento a la Ley española, por tal razón, la conoce perfectamente, y también por la Ley colombiana, puesto que, el establecimiento de una sucursal en Colombia obligó a la empresa a constituirse de conformidad con el Derecho colombiano y, por tanto, tuvo que adaptar su comportamiento jurídico a él. Ahora bien, la Ley alemana queda fuera de la “esfera de dominio legal” de la empresa española. La empresa española nunca ha contratado con arreglo a la Ley alemana.

530. La empresa alemana presenta una “esfera de dominio legal” integrada por la Ley alemana, puesto que, es su Derecho con el que está acostumbrado a contratar y a adecuar su comportamiento jurídico y también por la Ley española, en la medida en que la constitución de una fábrica en España le exigió conocer y adaptar su comportamiento jurídico al Derecho español. No obstante, la empresa alemana nunca ha contratado con Colombia. En consecuencia, la Ley colombiana queda fuera de la “esfera de dominio legal” de la empresa alemana.

531. La tabla siguiente pone de relieve el coste de aplicación de la Ley al contrato que deben soportar las partes contratantes:

Tabla núm: 17. Contrato de compraventa de productos artesanales. Análisis económico del criterio de la esfera de dominio legal de las partes contratantes.

	Coste de aplicación de la Ley colombiana	Coste de aplicación de la Ley española	Coste de aplicación de la Ley alemana
Empresa española	40	10	90
Empresa alemana	90	40	10
Total	= 130	= 50	= 100

532. Los particulares implicados prefieren la aplicación la Ley estatal que les comporte menores costes de información y adaptación de su comportamiento jurídico. En otras palabras, una Ley estatal que les genere mínimos costes conflictuales con independencia del contenido material de ese Derecho.

533. En principio y con carácter general, cada parte contratante conoce únicamente su propio Derecho material. Por esta razón, cada particular prefiere aplicar al contrato internacional su Derecho, aún cuando el contenido de éste pueda resultar desventajoso en algunos aspectos frente a un Derecho material “extranjero” con el que no está acostumbrado a contratar y de cuyo contenido debería informarse.

534. La Ley estatal que debe regular el contrato debe formar parte de la “esfera de dominio legal” de ambos particulares. De no ser así, la localización resultaría *eficiente* para una sola de las partes⁵⁷⁰. La “*localización eficiente*” del contrato, para ambas partes contratantes, exige aplicar al ejemplo descrito anteriormente la Ley española, con independencia de la posición jurídica (comprador-vendedor) que ocupen las partes contratantes, puesto que, es la Ley que comporta menores “costes globales” a los particulares implicados.

535. En resumen, la pregunta surge espontáneamente, ¿Qué Ley estatal realiza un reparto *eficiente* de costes conflictuales en el ámbito contractual? La precisión de una Ley estatal que, en términos globales, resulte *eficiente* en materia de contratos resulta extraordinariamente difícil. El contrato es una institución jurídica no tangible ni corporal y, cuyas obligaciones no ocupan un lugar físico en el espacio. Los contratos son instituciones de estructura variable y la determinación de una Ley estatal cuya aplicación al contrato resulte *eficiente* dependerá de cada caso concreto.

C) Localización *eficiente* del contrato internacional y Derecho de la UE: Convenio de Roma *versus* Reglamento “Roma I”

536. Con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma, cada Estado miembro proporcionaba una respuesta distinta a la hora de precisar la localización *eficiente* de un contrato internacional⁵⁷¹: a) *Sistema jurídico que utiliza puntos de*

⁵⁷⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011, p. 88.

⁵⁷¹ H. GAUDEMET-TALLON, “Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)”, *RTDE*, vol. XVII, 1981, pp. 215-285, esp. pp. 246-247.

conexión flexibles: en Francia y Bélgica, el Juez debía “localizar objetivamente” el contrato con la Ley de un país determinado. En la misma línea, el Derecho anglosajón e irlandés se regían por el “principio de proximidad”. El contrato se regulaba por el sistema jurídico con el que la transacción presentaba el vínculo más estrecho y real. b) *Sistema jurídico que emplea puntos de conexión rígidos*: el Derecho alemán a la hora de determinar la Ley aplicable al contrato precisaba, si resultaba posible, la voluntad hipotética de las partes. El Juez determinaba como Ley aplicable al contrato, aquella que las partes contratantes hubieren elegido si se les hubiere concedido la facultad de elección. En su defecto, el contrato se regía por la Ley del lugar de ejecución de cada una de las obligaciones del contrato. En Derecho italiano, el contrato se regía por la Ley nacional común y, si ésta no pudiese determinarse, por la Ley del lugar de conclusión del contrato.

537. El antecedente más inmediato del Reglamento “Roma I” es el Convenio de Roma. Ambos presentan un objetivo similar: garantizar la “estabilidad” de la Ley aplicable a los contratos internacionales.

538. Ahora bien, el Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I” tratan de alcanzar ese mismo objetivo⁵⁷² desde perspectivas diferentes: de un lado, el legislador del Convenio de Roma procura alcanzar el objetivo citado mediante el incentivo de la negociación de la Ley estatal aplicable al contrato. El Juez, en defecto de elección por las partes contratantes de la Ley aplicable al contrato, debe precisar el *centro de gravedad del contrato*, y posteriormente, considerará y aplicará las disposiciones normativas que presenten vínculos más estrechos con él. De otro lado, el legislador del Reglamento “Roma I” utiliza, para llegar a dicho objetivo, la unificación de las normas de conflicto de leyes. La promulgación de normas de conflicto uniformes (art. 81 TFUE⁵⁷³) respecto a la Ley aplicable a las obligaciones contractuales garantiza

⁵⁷² P. BERTOLI, “Il ruolo della Corte di Giustizia e l’interpretazione del Regolamento “Roma I” en P. FRANZINA *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento “Roma I”*, Cedam, Rovigo, 2006, pp. 10-28, esp. p. 14 indica que el propósito de la Convención de Roma y del Reg. Roma I consiste en mantener y desarrollar un paralelismo y coherencia entre ambos instrumentos jurídicos internacionales y los diversos actos de la UE dirigidos a la unificación del DIPr., así como un respeto a la finalidad de integración económica y jurídica, propia del ordenamiento de la UE. En la misma línea, S. CARBONE, “Base giuridica e criteri interpretativi delle norme comunitarie sullo spazio giudiziario europeo” en *Contratto e impresa*, Europa, 2003, pp. 183 y ss; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n 44/2001*, Cedam, Padova, 2003, pp. 28 y 31; T. BALLARINO / L. MARI, “Uniformità e riconoscimento- Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea”, *Rivista di Diritto Internazionale*, n° 1, 2006, pp. 7-46, esp. pp. 11 y 22; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 165-174 estima que los objetivos que el Derecho positivo debe realizar se concretan en los siguientes: certeza, previsibilidad y seguridad jurídica.

⁵⁷³ El art. 81.1 TFUE indica “La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. Y en concreto, el apartado 2 expresa “A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción”.

seguridad jurídica y previsibilidad en las resoluciones judiciales en el ámbito contractual⁵⁷⁴. Para ello, las instituciones de la UE, a través de la técnica de la armonización de las normas de conflicto de leyes, adoptarán medidas destinadas a reforzar la seguridad jurídica internacional⁵⁷⁵.

539. En sintonía con ello, el Convenio de Roma y en el Reglamento “Roma I” se inspiran en principios distintos, incluso en principios contrarios, a la hora de determinar la localización *eficiente* del contrato internacional.

540. El Convenio de Roma se inspiró en el principio de proximidad para localizar eficientemente el contrato internacional. Por esta razón, en el Convenio de Roma, el “principio de proximidad” constituía la regla general para determinar la Ley aplicable al contrato. Sin embargo, el Reglamento “Roma I” encuentra su inspiración en el principio de automaticidad. Por esta razón, en el Reglamento “Roma I”, la aplicación del “principio de proximidad” depende, no del Juez, sino de los criterios que el legislador utiliza como puntos de conexión de la norma de conflicto de leyes⁵⁷⁶.

541. En definitiva, el art. 4 CR abrió la puerta a un concepto desconocido, el concepto “vínculos más estrechos”, permitiendo la aplicación de la Ley más ajustada a la naturaleza del contrato. E incluso más, la Jurisprudencia de los tribunales habría creado un cuerpo de doctrina susceptible de incrementar la seguridad jurídica y la previsibilidad de los resultados en función de una distribución real de las conexiones territoriales⁵⁷⁷. Por el contrario, el Reglamento “Roma I” proporciona un listado de

⁵⁷⁴ En la misma línea, L. G. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa” en P. FRANZINA *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento “Roma I”*, Cedam, Rovigo, 2006, pp. 1-9, esp. p. 4 expone la idea siguiente: la UE garantizará que la normativa de DIPr. esté fuertemente vinculada al concepto de seguridad jurídica, que concede una mayor previsibilidad en la individualización de la Ley estatal aplicable; T. BALLARINO / L. MARI, “Uniformità e riconoscimento- Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea”, *Rivista di Diritto Internazionale*, n° 1, 2006, pp. 7-46, esp. pp. 22-25; P. PICONE, “Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti” en P. PICONE (DIR.) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, pp. 496-499.

⁵⁷⁵ L. PRATS ALBENTOSA, “El Reglamento UE, Roma I, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Diario LaLey*, Año XXIX, n° 6978, 30 junio 2008, considera que el objetivo fundamental del Reglamento Roma I consiste en “*incrementar la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo haciendo previsibles para los ciudadanos las reglas para solucionar los conflictos de leyes, sin que ello impida que se reconozca al Juez un ámbito de decisión para que pueda determinar qué Ley presenta los «vínculos más estrechos» con la situación jurídica privada internacional*”; C. PAZ-ARES, “Seguridad jurídica y Seguridad del tráfico”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 175-176, 1985, pp. 7-41. cataloga y diferencia los distintos “tipos” de *seguridad*: 1º Seguridad jurídica; 2º Seguridad del tráfico; 3º Seguridad jurídica “objetiva” y 4º Seguridad jurídica “subjetiva”.

⁵⁷⁶ U. VILLANI, “La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti” en N. BOSCHIERO (ED.) *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 165.

⁵⁷⁷ De la misma opinión, L. F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, n° 74, 2004, pp. 11-46 indica “*hemos podido comprobar que hoy por hoy, incluso en jurisdicciones donde el concepto vínculos más estrechos era prácticamente desconocido en los términos consagrados en el Convenio, los tribunales han generado*

contratos a los que se le asigna una norma de conflicto de leyes *rígida* que determina incuestionablemente la Ley que resulta aplicable al contrato internacional. El art. 4 CR merecía una oportunidad.

542. Ejemplo. Un ciudadano con residencia habitual en España y un sujeto italiano residente habitual en Venecia coinciden en el aeropuerto de Charles de Gaulle (París). Allí celebran un contrato de compraventa por el que el ciudadano italiano se obliga a entregar en París una partida de cinco mil piezas de cristal de Murano y el ciudadano español deberá pagar el precio en la misma ciudad. No era la primera vez que ambas partes realizaban un intercambio internacional en territorio francés. En el momento de entrega de la mercancía, una tercera parte de las piezas están defectuosas. ¿Qué Ley debe regir el contrato internacional de compraventa de mercaderías?

543. El Reglamento “Roma I” adopta un enfoque radical: el contrato de compraventa de mercaderías se rige por la Ley del país de la residencia habitual del vendedor (art. 4.1.a) Reg. Roma I). En consecuencia, la Ley italiana debe regir dicho contrato. La pregunta que suscita el ejemplo propuesto puede concretarse en la siguiente, ¿Es la Ley italiana la Ley del país que localiza eficientemente este contrato?

544. La tabla siguiente muestra los costes conflictuales que asumirá cada parte contratante conforme la Ley estatal que resulte aplicable al contrato internacional:

Tabla núm: 18. Contrato de compraventa de piezas de cristal de Murano. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de cualquiera de los particulares implicados en comparación con los criterios del lugar de ejecución del contrato y de la “Paradoja de Alaska”.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor (Ley italiana)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley francesa)	Coste de aplicación de la Ley de Alaska
Ciudadano italiano (vendedor)	10	90	50	100
Ciudadano español (comprador)	90	10	60	100
Total	= 100	= 100	= 110	= 200

545. Si resulta aplicable la Ley italiana: la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor comporta mínimos costes conflictuales para aquella

un cuerpo de doctrina a propósito del artículo 4 CR susceptible de internacionalización y, por ello, apto para vigorizar la seguridad jurídica y la previsibilidad de resultados, en función de la distribución real de las conexiones territoriales”. De la opinión contraria W. WENGLER, « L’evolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », RCDIP, vol. LXXIX, nº 3, 1990, pp. 661 y ss. Que considera que el « paisaje jurídico » que presenta el Convenio de Roma comporta decepción tanto en las disposiciones legislativas que en ningún caso podrán abarcar la totalidad de los supuestos que pueden plantearse en DIPr. como en las soluciones que pueda aportar la Jurisprudencia.

parte contratante que ve aplicado su Derecho al contrato internacional. No obstante, la otra parte, el comprador, debe sufragar elevados costes de información y de adaptación del comportamiento jurídico a la Ley italiana. Por tanto, la Ley del país de la residencia habitual del vendedor beneficia caprichosamente a una sola de las partes contratantes. Por esta razón, la aplicación al contrato de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor realiza un reparto de costes desproporcionado para ambas partes contratantes. La aplicación de esta Ley estatal proporciona una solución conflictual *efectiva* a los particulares implicados en la celebración de este contrato internacional, si bien, también una solución conflictual no *eficiente*.

546. Si resulta aplicable la Ley española: la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador supone mínimos costes conflictuales de información y adaptación al Derecho español para la parte compradora. Ahora bien, la parte vendedora deberá soportar elevados costes conflictuales. En consecuencia, la aplicación al contrato de la Ley del país de la residencia habitual del comprador realiza, al igual que la Ley del país de residencia habitual del vendedor, un reparto de costes desigual para ambas partes contratantes. En el mismo sentido que el párrafo anterior, puede indicarse que la aplicación de esta Ley estatal proporciona una solución conflictual *efectiva* a los particulares implicados en la celebración de este contrato internacional, si bien, una solución conflictual no *eficiente*.

547. Si resulta aplicable la Ley francesa: la Ley francesa es una Ley con la que las partes contratantes contaron desde el momento de su inmersión en el tráfico internacional. De hecho, en Francia se celebra el contrato internacional de compraventa de mercaderías y se lleva a cabo la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato. En consecuencia y aún cuando el coste conflictual total al que se “enfrentan” las partes contratantes es superior al indicado en la Ley del país de la residencia habitual del vendedor y del comprador, el reparto de costes conflictuales realizado por la Ley francesa entre ambas partes contratantes resulta equitativo y razonable. E incluso más, cada parte contratante asumirá un coste conflictual inferior que el que le supondría la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la contraparte. En consecuencia, si este contrato se rige por la Ley francesa, los particulares implicados en la celebración del mismo disfrutan de una solución *efectiva* y, además, *eficiente* desde la perspectiva *económico – conflictual*.

548. A diferencia de lo indicado con anterioridad, si una hipotética norma de conflicto de leyes considerara que este contrato tiene que regularse por la Ley de Alaska, dicha norma de conflicto debería ser calificada como *inconstitucional*, puesto que, conduciría a una solución *económico – conflictual* que ni siquiera resultaría *efectiva* para las partes contratantes. Esta situación penalizaría la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) porque aplica al contrato internacional una Ley estatal inesperada para los particulares implicados con la que el mismo no guarda una mínima conexión, lo que les obligaría, a ambos, a soportar el desarrollo de un proceso judicial que contendría costes conflictuales excesivos y desmesurados.

549. En definitiva, resulta conveniente que el contrato se rija por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos. Ello significa que se aplicará al contrato una Ley que cubra las expectativas jurídicas de las partes implicadas. En otras palabras,

la Ley estatal que los contratantes tenían en mente en el momento de celebración del contrato⁵⁷⁸. Una Ley previsible para ambos sujetos que forma parte de la “esfera de dominio legal” de ambas partes contratantes y, por esta razón, les comporta costes conflictuales globales menores a ambos.

⁵⁷⁸ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5ª edizione, Liguori, Nápoles, 1969, pp. 150-151 y 270: “[se trata de] individuare la situazione alla quale si riferisce la naturale e ragionevole aspettativa degli individui e delle masse (...) ciò significa in definitiva che il legislatore dovrà affidare la valutazione delle varie situazioni all’ordinamento nel quale presuntivamente ed a suo avviso le parti si sono psicologicamente situate, nei termini della quale esse e i terzi sono istintivamente portate e portati a configurare ed a rappresentarsi il rapporto”; B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la “crise” des conflits de lois)”, *RCADI*, vol. CLXXXVI, 1984, pp. 219-398, esp. p. 275: “si leur attention est attirée sur lui, leur souhait sera de voir appliquer une loi qui ne les surprenne pas; en d’autres termes, que la solution du conflit de lois soit pour eux intelligible”.

CAPÍTULO III

PRINCIPIO DE PROXIMIDAD Y REGLAMENTO ROMA I: ANÁLISIS DE LOS TIPOS CONTRACTUALES

1. Análisis de la Ley aplicable a los ocho contratos regulados en el art. 4.1 Reg. Roma I

A) El Reglamento “Roma I”, la tipicidad de los contratos y la *eficiencia conflictual*

550. Los ocho tipos de contratos se hallan recogidos en el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I. Las normas de conflicto de leyes contenidas en el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I señalan la Ley aplicable a los tipos de contratos contenidos en dichas normas. Por esta razón, los ocho tipos de contratos regulados en el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I son contratos internacionales “conflictualmente típicos” y también son contratos internacionales “materialmente típicos” o “materialmente atípicos”.

551. Los ocho tipos de contratos (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I) son contratos internacionales “conflictualmente típicos”. Esta afirmación pone de manifiesto que, el Reglamento “Roma I” califica el contrato internacional y le asigna, de manera automática, su Ley aplicable. En particular, el Reglamento “Roma I” establece una tipicidad conflictual “específica” respecto, por ejemplo, del contrato de compraventa internacional de mercaderías. El Reglamento “Roma I” contempla el “contrato de compraventa internacional de mercaderías” y fija la Ley del país de la residencia habitual del vendedor como Ley aplicable al mismo. El Reglamento “Roma I” también

recoge una tipicidad conflictual “general” en relación con, por ejemplo, el contrato internacional de prestación de servicios. La noción “contrato de prestación de servicios” engloba todos aquellos contratos que tengan por objeto la prestación de un servicio. En consecuencia, el listado de los contratos internacionales que forman parte del término “contrato de prestación de servicios” es muy amplio. El legislador considera que a todos ellos resultará aplicable la Ley del país de la residencia habitual del prestador del servicio. En síntesis, el Reglamento “Roma I” contiene un catálogo de contratos internacionales “conflictualmente típicos” con la finalidad de precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales contenidos en el mismo (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I).

552. Los ocho tipos de contratos (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I) también son contratos internacionales “materialmente típicos”. Los contratos internacionales “materialmente típicos” constituyen contratos internacionales contemplados por las normas sustantivas de la Ley estatal que rige el contrato con arreglo a los criterios de conexión contenidos en el Reglamento “Roma I”. No obstante, el Reglamento “Roma I” incluso resulta aplicable a los contratos “materialmente atípicos”. Los contratos “materialmente atípicos” se corresponden con contratos internacionales que no se hayan regulados por la Ley sustantiva que regula el contrato internacional.

553. En este estudio, ¿Cuál es la Ley aplicable a los contratos internacionales “materialmente atípicos”? El Reglamento “Roma I” resultará aplicable a todo contrato internacional, con independencia de que sea calificado como contrato “materialmente típico” o como contrato “materialmente atípico”. Ahora bien, el Reglamento “Roma I” ofrece, a los particulares implicados en un contrato internacional, la posibilidad de que éstos elijan la Ley aplicable a su contrato (art. 3 Reg. Roma I). Una válida elección de Ley aplicable al contrato internacional efectuada por ambas partes contratantes, de manera real y con ausencia de vicios en su consentimiento, se corresponde con la Ley que cubre sus expectativas jurídicas. En otras palabras, las partes contratantes elegirán una Ley que les resulte previsible, la Ley que los contratantes tuvieron o, si se pararon a reflexionar, debieron tener en mente en el momento de la celebración del contrato. En consecuencia, los particulares implicados siempre escogerán la Ley del país que les comporte costes conflictuales mínimos a ambos contratantes.

554. Sin embargo, es posible que las partes no elijan la Ley aplicable al contrato internacional. Si los particulares implicados no eligieren la Ley aplicable a su contrato internacional, éste se regirá por la Ley estatal prevista por los puntos de conexión subsidiarios contenidos en el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I.

555. Ahora bien, ¿Por qué el legislador ha escogido esos ocho tipos de contratos y no otros para elaborar el catálogo recogido en el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I? El legislador de la UE puede haberse inspirado en distintas razones para crear el listado de los ocho contratos contenido en el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I⁵⁷⁹.

556. El contrato de compraventa de mercaderías (art. 4.1.a) Reg. Roma I) y el contrato de prestación de servicios (art. 4.1.b) Reg. Roma I) pueden ser elegidos por aplicación del principio de unidad y coherencia entre los instrumentos jurídicos internacionales. El Reglamento “Roma I” pone de manifiesto que su ámbito de aplicación material garantizará la coherencia con el Reglamento 44/2001 (cons. 7 Reg.

⁵⁷⁹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12^a edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 666-668.

Roma I). En sintonía con ello, el Reglamento 44/2001 afirma, para el contrato de compraventa de mercaderías, que las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en el Estado miembro en el que, según el contrato de compraventa de mercancías, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías (art. 5.1.a) Reg. 44/2001). Para el contrato de prestación de servicios, las personas podrán ser demandadas en el Estado miembro en el que, según el contrato de prestación de servicios, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios (art. 5.1.b) Reg. 44/2001). El Reglamento 44/2001 únicamente hace mención expresa del contrato de compraventa de mercaderías y del contrato de prestación de servicios. Para aquellos contratos que no pertenezcan a la categoría de “compraventa de mercaderías” y “prestación de servicios” será competente el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda. E incluso más, el legislador de la UE traslada del sector de la competencia judicial internacional (art. 5.1 Reg. 44/2001) al ámbito de la Ley aplicable (art. 4.1 Reg. Roma I) el contrato de compraventa de mercaderías y el contrato de prestación de servicios. En este sentido, puede no ser coincidencia que el contrato de compraventa de mercaderías se sitúe el primero del listado de los ocho contratos (art. 4.1.a) Reg. Roma I) y el contrato de prestación de servicios se encuentre el segundo en el mismo listado (art. 4.1.b) Reg. Roma I), puesto que, la determinación de la competencia judicial internacional en el contrato de compraventa de mercaderías se regula en el art. 5.1.a) Reg. 44/2001 y en el contrato de prestación de servicios se rige por el art. 5.1.b) Reg. 44/2001. En consecuencia, los conceptos “venta de mercaderías” y “prestación de servicios” deben interpretarse en el mismo sentido que al aplicar el art. 5 Reg. 44/2001 (cons. 17 Reg. Roma I).

557. El contrato de franquicia (art. 4.1.e) Reg. Roma I) y el contrato de distribución (art. 4.1.f) Reg. Roma I) pueden formar parte del listado de los ocho contratos por razones técnicas. El contrato de franquicia y el contrato de distribución se corresponden con contratos en los que cada uno de los particulares implicados lleva a cabo prestaciones complejas y, además, son contratos que carecen de prestación característica. Por estas razones, las cuestiones controvertidas derivadas de la Ley aplicable a los contratos de franquicia y a los contratos de distribución han suscitado conflictos jurisprudenciales que proporcionan inseguridad jurídica en el comercio internacional. En consecuencia, el Reglamento “Roma I” pone de relieve que, si bien los contratos de franquicia y los contratos de distribución encajan en la noción “contrato de prestación de servicios”, el contrato de franquicia y el contrato de distribución se encuentran sujetos a normas específicas (cons. 17 Reg. Roma I). El legislador de la UE señala, de forma automática, la Ley aplicable al contrato de franquicia y al contrato de distribución para facilitar al Juez la precisión de la misma al contrato.

558. El contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos (art. 4.1.d) Reg. Roma I), el contrato de venta de bienes mediante subasta (art. 4.1.g) Reg. Roma I) y el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros (art. 4.1.h) Reg. Roma I) pueden encontrarse en el listado de los ocho contratos porque la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I es una cláusula inútil desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual. El legislador de la UE ha señalado la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con cada uno de estos contratos porque la activación de la cláusula de excepción sólo tendrá lugar en el

supuesto de que el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes presente una vinculación meramente formal o aparente entre el contrato y el país indicado.

559. El contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble (art. 4.1.c) Reg. Roma I) puede formar parte del listado de los ocho contratos porque ha sido objeto de traslado del Convenio de Roma. El Convenio de Roma presumía que el contrato que tuviera por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble presentaba los vínculos más estrechos con el país en el que estuviera situado el bien inmueble (art. 4.3 CR). El legislador de la UE traslada el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes que recogía el Convenio de Roma y la transforma en una norma de conflicto de leyes *rígida* que señala de forma automática la Ley aplicable a este contrato.

560. En sintonía con ello, ¿Por qué el legislador ha optado por señalar para cada tipo de contrato un específico punto de conexión y no ha fundado su decisión en la adopción de un principio general para todos los contratos? El legislador de la UE puede pretender, en la redacción del art. 4 Reg. Roma I, cumplir el objetivo enunciado en el propio Reglamento. El objetivo previsto en el Reglamento “Roma I” consiste en garantizar la “*seguridad jurídica en el espacio judicial europeo*” (Cons. 16 Reg. Roma I). Para asegurar el cumplimiento de ese objetivo, las normas de conflicto de leyes en el ámbito de la contratación internacional deben presentar un “*alto grado de previsibilidad*” (Cons. 16 Reg. Roma I).

561. Ahora bien, las normas de conflicto de leyes en la esfera de la contratación internacional ostentan, en principio, un “*alto grado de previsibilidad*” sólo para el Juez en perjuicio de las partes contratantes. Los puntos de conexión recogidos en el art. 4.1 Reg. Roma I no son presunciones que ayuden, tanto al Juez como a los particulares implicados en la celebración de un contrato internacional, a determinar la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato. En efecto, se trata de puntos de conexión *rígidos* que señalan automáticamente el país cuya Ley regirá el contrato. E incluso más, los puntos de conexión recogidos en el art. 4.1 Reg. Roma I no indican, siempre y en todo caso, una Ley estatal previsible para los particulares implicados que presente los vínculos más estrechos con el contrato.

562. Algún autor⁵⁸⁰ considera que los puntos de conexión establecidos para los ocho contratos no responden a un único principio, sino que, si bien la mayoría de contratos encuentra su fundamento en el principio de proximidad concretado en la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico (contrato de compraventa de mercaderías, contrato de prestación de servicios, contrato de distribución y contrato de franquicia), otros responden al principio de protección de la parte débil del contrato (contrato de franquicia y contrato de distribución) y un último vincula el contrato al lugar de situación del bien inmueble (contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble).

⁵⁸⁰ P. LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Roma I) », *RCDIPR*, vol. XCV, n° 2, 2006, pp. 331-349, esp. p. 339 también pone de manifiesto que los puntos de conexión « *fixes* » empleados por las normas de conflicto de leyes conducen a soluciones desafortunadas.

563. Sin embargo, el principio de proximidad en el ámbito de la contratación internacional no siempre se corresponde con la aplicación al contrato de la Ley del país de la residencia habitual de la parte contratante que realiza la prestación característica del contrato. Además, en el contrato de franquicia y en el contrato de distribución, el franquiciado y el distribuidor tampoco se identifican, en cualquier supuesto, con la parte débil del contrato. En último término, la Ley del lugar de situación del inmueble no es, siempre y en todo caso, la Ley del país con la que el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble presenta los vínculos más estrechos.

564. El estudio de la Ley aplicable a los ocho contratos regulados en el art. 4.1 Reg. Roma I se llevará a cabo a partir de un análisis de “método de *eficiencia*”. En particular, se trata de un “viaje conflictual” que parará en tres estaciones – el Convenio de Roma⁵⁸¹, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales⁵⁸² y el Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales “Roma I”⁵⁸³ – y llegará a un destino conclusivo que pondrá de relieve la *eficiencia* conflictual de cada uno de los puntos de conexión contenidos en el art. 4.1 Reg. Roma I. De ese modo, se puede llevar a cabo una más correcta evaluación del DIPr. vigente – el Reglamento “Roma I” – desde el punto de vista de la *eficiencia* conflitual.

B) Contrato de compraventa de mercaderías (art. 4.1.a) Reg. Roma I): Ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual

a) Aspectos generales del contrato de compraventa de mercaderías⁵⁸⁴

565. El contrato de compraventa de mercaderías es el “*contrato sinalagmático en cuya virtud una parte entrega a otra parte la propiedad de una mercancía a cambio del pago de un precio*” (E. CASTELLANOS RUIZ⁵⁸⁵).

⁵⁸¹ Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 [BOE núm. 171/1993, de fecha 19 de julio de 1993].

⁵⁸² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) [COM (2005) 650 final, Bruselas de fecha 15.12.2005].

⁵⁸³ 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 [DOUE L 177/6 de fecha 4.7.2008].

⁵⁸⁴ F. LÓPEZ GUZMÁN / W. I. MORGENSTEIN SÁNCHEZ / H. A. ALARCÓN QUIROGA, “Compraventa internacional de mercaderías: investigación y enseñanza del Convenio de Viena de 1980”, *Studiositas*, vol. IV, n° 2, 2009, pp. 23-37; A. ORTEGA GIMÉNEZ, “El contrato de compraventa internacional de mercaderías” en A. ORTEGA GIMÉNEZ / J. RUBIO SANZ *Gestión del cobro de las operaciones de venta internacional*, Editorial Club Universitario, 2005, pp. 13-58; J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, “La oportunidad de saneamiento del incumplimiento del vendedor en el régimen de vicios materiales. Algunas reflexiones a partir del Derecho alemán de la compraventa”, *Revista de Derecho privado*, n° 17, 2009, pp. 107-140; A. R. VIDAL OLIVARES, “El riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CVIM)”, *Ius et Praxis*, vol. VIII, n° 2, 2002, pp. 519-555.

⁵⁸⁵ E. CASTELLANOS RUIZ, “Compraventa internacional” en A. – L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Curso de contratación internacional*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2006, pp. 191-306.

566. En primer lugar, el término “contrato de compraventa” se corresponde con el contrato que hace surgir obligaciones sinalagmáticas para las partes contratantes. En este sentido, el vendedor queda obligado a la entrega de una cosa determinada de conformidad con lo estipulado en el contrato de compraventa y el comprador deberá pagar un precio cierto en dinero o signo que lo represente según lo convenido en dicho contrato. En segundo lugar, el concepto “mercaderías” puede integrar los bienes muebles corporales y las materias primas⁵⁸⁶. En particular, el término “bienes muebles corporales” abarca, entre otras cosas, las mercancías inanimadas, animales y vegetales, bienes inmateriales que puedan adquirirse en soportes materiales, buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves. Ahora bien, debe excluirse del concepto “mercaderías” el dinero, puesto que, es un medio de pago y también la electricidad, ya que, se corresponde con un “flujo de energía”⁵⁸⁷.

567. El contrato de compraventa de mercancías abarca, principalmente y, entre otros,⁵⁸⁸ los contratos de compraventa sobre mercancías en ferias o mercados, venta ambulante, compraventa de plaza a plaza, venta a ensayo o a prueba, venta *ad gustum*, venta a distancia, venta automática, venta *cash and carry* (venta *self-service* reservada a ciertos sujetos y realizada, generalmente, al por mayor), y venta a plazos, con independencia de que la compraventa se califique como compraventa civil o mercantil y, se lleve a cabo, o no, a través de Internet o cualquier otro medio telemático.

568. Sin embargo, los contratos de compraventa de mercancías en los que las mercaderías han de ser fabricadas o producidas con anterioridad a la celebración del contrato de compraventa y aquellos contratos de compraventa de mercancías en los que el comprador formula determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de tales mercancías se regularán de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.4 Directiva 1999/44/CE de 25 mayo 1999⁵⁸⁹, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo y en el art. 3.1 CVIM⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 2-39.

⁵⁸⁷ U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation – On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, n° 103, 2004, pp. 131-189.

⁵⁸⁸ A. – L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, 2010-2011, pp. 669-670 hacen referencia a los contratos cubiertos y a los contratos excluidos por el concepto “contrato de compraventa de mercaderías”.

⁵⁸⁹ Art. 1.4 Directiva 1999/44/CE de 25 mayo 1999 “Los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse también se considerarán contratos de compraventa a efectos de la presente Directiva”.

⁵⁹⁰ Art. 3.1 Convención de Viena de 11 abril 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: “Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción”.

569. También pueden integrarse en el concepto “contrato de compraventa de mercaderías”: el contrato de suministro de mercaderías y el contrato de suministro de bienes muebles corporales. Sin embargo, el suministro a la parte vendedora de la totalidad o de la mayor parte de los materiales con los que se fabrica la mercancía con anterioridad a la celebración del contrato de compraventa por parte del comprador, puede constituir un indicio a favor de la calificación del contrato como contrato de prestación de servicios.

570. El concepto “contrato de compraventa de mercaderías” excluye, fundamentalmente y, entre otros, los contratos siguientes: 1º) Contratos mixtos o complejos que están formados por elementos procedentes de una compraventa y de otros contratos, los cuales, se rigen por la Ley designada por el art. 4.2 Reg. Roma I que es la Ley de la residencia habitual del prestador característico. 2º) Los contratos que recaen sobre bienes muebles corporales pero que no son “compraventas” y los contratos de compraventa de bienes que no son “mercaderías”. 3º) Los contratos de venta de muebles corporales a consumidores (art. 6 Reg. Roma I) y las compraventas en subastas, ya sean éstas judiciales o no lo sean (art. 4.1.g Reg. Roma I), puesto que, se trata de contratos regulados expresamente en el Reglamento “Roma I”. Y 4º) Las donaciones.

b) Test de eficiencia de los puntos de conexión previstos para el contrato de compraventa de mercaderías

571. La Ley aplicable al contrato de compraventa de mercaderías difiere en atención al instrumento jurídico que se tome como referencia: el Convenio de Roma, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales o el Reglamento “Roma I” sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

572. El Convenio de Roma se erigía sobre el principio de proximidad. En este sentido y de conformidad con lo que establecía el Convenio de Roma, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes, el contrato de compraventa de mercaderías se regía por la Ley del país con el que presentaba los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). La Ley del país que presentaba los vínculos más estrechos con el contrato se correspondía con la Ley que los particulares tuvieron o debieron haber tenido en mente en el momento de la celebración del contrato. Una Ley que resultaba previsible para ambas partes contratantes y les comportaba costes conflictuales reducidos.

573. Ahora bien, el Convenio de Roma presumía, salvo prueba en contrario, que el contrato de compraventa de mercaderías presentaba los vínculos más estrechos con el país en el que la parte que debió realizar la prestación característica del contrato tuviera, en el momento de celebración del mismo, su residencia habitual⁵⁹¹ (art. 4.2 CR). E incluso más, si del conjunto de circunstancias se desprendía que el contrato de compraventa de mercaderías presentaba vínculos más estrechos con un país distinto del

⁵⁹¹ El análisis de las distintas tesis sobre la posición y el papel que juegan las presunciones contenidas en los arts. 4.2, 4.3 y 4.4 CR se llevó a cabo en el capítulo II. 4. Tesis de la prestación característica.

país de la residencia habitual del prestador característico, se desvirtuaba la presunción a favor de la Ley del país con el que el contrato de compraventa de mercaderías presentaba los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR).

574. En este sentido, ¿Quién es la parte que realiza la prestación característica en el contrato de compraventa de mercaderías? El contrato de compraventa de mercancías es un contrato sinalagmático que establece obligaciones para ambas partes contratantes. Por un lado, la parte vendedora tiene la obligación de puesta en poder y posesión del comprador de la mercadería vendida, en el estado en el que la mercadería se encontrare en el momento de perfección del contrato así como los frutos producidos desde el momento de perfección y los accesorios de la mercancía. El vendedor también queda obligado a garantizar al comprador la “posesión legal” de la cosa. En este sentido, en el supuesto de que se produjere la privación de la misma, el vendedor tiene la obligación de recuperarla para el comprador e indemnizarle, si procede, por los daños y perjuicios que ello le hubiere ocasionado. El vendedor responderá del saneamiento por vicios ocultos de la mercadería en el supuesto de que éstos obstaculizaren o impidieren el uso para el que la mercancía se dirige. El vendedor también tiene la obligación de responder del saneamiento por evicción de cargas y gravámenes en el caso de que éstos minoren el goce, uso o disposición de la mercadería. Por otro lado, la parte compradora tiene la obligación de entregar el precio. El comprador debe pagar el precio al vendedor en la cantidad, lugar, modo y fecha establecidos en el contrato.

575. En consecuencia, el contrato de compraventa de mercaderías se corresponde con un contrato sinalagmático que genera obligaciones para ambas partes contratantes. Por esta razón, existen, principalmente, dos tesis sobre cuál debe ser el país más vinculado con el contrato de compraventa de mercancías:

576. Primera tesis: *el contrato internacional de compraventa de mercaderías se rige por la Ley del Estado de origen [de la mercadería] que se corresponde con la Ley del país de la residencia habitual del vendedor.* El principio del Estado de origen [de la mercadería] parte de la premisa siguiente: la venta de los productos en el mercado se realiza de conformidad con la Ley estatal del país de la residencia habitual del vendedor. En otras palabras, el vendedor “blinda” su posición en el mercado a través de la aplicación de sus condiciones jurídicas al contrato de compraventa. El autor L. G. RADICATI DI BROZOLO⁵⁹² considera que concurre una “presunción de aplicación” a favor de la Ley del Estado de origen [de la mercadería] que es la Ley del país de la residencia habitual del vendedor. En sintonía con ello, la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor al contrato de compraventa de mercaderías se halla justificada, entre otras, en las razones siguientes (M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁵⁹³):

⁵⁹² L. G. RADICATI DI BROZOLO, “Diritto comunitario e regole processuali interne, inapplicabilità dell’art. 633 CPC”, *RDIPP*, 1993, pp. 607-616; ID, “L’influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation”, *RCDIP*, vol. XXIX, 1993, pp. 401-424.

⁵⁹³ M. VIRGÓS SORIANO/ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho Internacional Privado”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, n° 4, 2004, pp. 1-21. A *sensu contrario*, P. MANKOWSKI, “The principle of characteristic performance revisited yet again” en K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GISBERGER & SYMEONIDES (EDS.) *Convergence and Divergence in Private International Law*, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Netherlands, 2011, pp. 433-462, esp. pp. 460-461.

577. 1º) *El vendedor solicita más información jurídica que su contraparte.* La entrega de la mercadería se considera una prestación compleja y necesitada de detalles frente a la prestación de pago de una cantidad económica. En consecuencia, la “demanda jurídica” del vendedor será mayor puesto que asume un “riesgo” superior al del comprador.

578. Sin embargo, si el vendedor incumpliere y el comprador debiere presentar demanda judicial ante los tribunales, el comprador solicitaría el mismo volumen de información jurídica que el vendedor. En otras palabras, el demandante comprador solicitaría al demandado vendedor la misma dosis de información jurídica que se le exigiría al demandante vendedor frente al demandado comprador.

579. 2º) *La aplicación de la Ley estatal de la residencia habitual del vendedor comporta escasos costes de información y de adaptación.* Si la Ley del país de la residencia habitual del comprador rigiera el contrato internacional de compraventa de mercaderías, el vendedor no podría determinar el precio hasta conocer a su comprador. En consecuencia, la aplicación de la Ley del vendedor facilita el sistema de precios⁵⁹⁴.

580. Sin embargo, la aplicación de la Ley estatal del país de la residencia habitual del vendedor comporta escasos costes de información y de adaptación solamente para la figura del vendedor. Ello beneficia al comprador en la medida en que adquiere el producto a un menor precio. No obstante, el precio de adquisición del producto no es “precio real”, puesto que, el comprador debe sufragar costes conflictuales que se corresponden con los costes muy elevados de información y adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho del vendedor. Y ello repercutirá en el precio que ofrezca a los destinatarios finales.

581. En definitiva y sólo para algunos autores, el mal llamado “principio de origen” [de la mercadería] ahorra costes porque evita el fraccionamiento del mercado único europeo en pequeños “cotos” sujetos a las legislaciones de cada Estado

⁵⁹⁴ S. SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en J. M. GARCÍA COLLANTES (DIR.) *La unificación jurídica europea: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 139-164, esp. p. 157 considera que “los costes de producción recaen en el prestador característico, y la sujeción de sus contratos a leyes distintas añadirían costes de información jurídica que, finalmente, repercutiría en el precio, encareciendo el producto y los intercambios. Sometiendo a una única ley el conjunto de contratos de la parte activa, se reducen los costes de información jurídica y se abarata el producto, beneficiándose de ello tanto la otra parte contractual, que pagará menos, como el prestador característico, que tendrá la posibilidad de ofrecer un producto más competitivo y con mayores márgenes comerciales”.

A *sensu contrario*, P. MANKOWSKI, “The principle of characteristic performance revisited yet again” en K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GISBERGER & SYMEONIDES (EDS.) *Convergence and Divergence in Private International Law*, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Netherlands, 2011, pp. 433-462, esp. pp. 460-461.

En consecuencia, resulta incompleto, pues es sólo una parte del problema. Es necesario dar un paso más. La aplicación de la Ley de la residencia habitual del vendedor no favorece al comprador en tanto en cuanto un litigio posterior le comportará al comprador elevadísimos costes de información y adaptación al Derecho del vendedor. El comprador soportará unos costes globales altísimos. En consecuencia, el producto que adquirió el comprador del vendedor, “barato” en un primer momento, le resulta muy “caro” en un momento ulterior. El coste global al que se enfrenta, únicamente el comprador si se aplicara la Ley del vendedor, es muy elevado.

miembro⁵⁹⁵. En otras palabras, sin eliminar los Derechos nacionales de cada Estado miembro, el “principio de origen” [de la mercadería] permite que las empresas sometan sus actividades al Derecho de un solo Estado miembro. Ello es válido tanto para las actividades de fabricación de productos⁵⁹⁶, como para las actividades de prestación de servicios⁵⁹⁷. El vendedor podrá comercializar sus productos y desarrollar su actividad económica con arreglo a una única Ley, su propia Ley. Sin embargo, el “riesgo de internacionalidad” lo soporta el comprador. El comprador de la mercancía se halla sometido al Derecho “extranjero”, la Ley del país de la residencia habitual del vendedor, mientras que el vendedor de esos bienes o el prestador de esos servicios queda vinculado a su propio Derecho.

582. Segunda tesis: *El contrato internacional de compraventa de mercaderías se rige por la Ley del Estado de destino [de la mercadería] que se corresponde con la Ley del país de la residencia habitual del comprador.* Algunos expertos⁵⁹⁸ consideran que la Ley del Estado en el que el cliente dispone su sede debe regir el contrato. La aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador al contrato internacional de compraventa de mercaderías corrige el “oportunismo” del vendedor. El vendedor velará no sólo por sus intereses sino también por los intereses del comprador. Mientras que, la aplicación de la Ley del Estado de origen [de la mercadería] favorece más a una parte contratante que a otra, lo cual no incentiva la contratación.

583. Sin embargo, la conclusión, para algunos autores⁵⁹⁹ es la siguiente: la aplicación de la Ley del Estado de origen [de la mercadería], la Ley del país de la residencia habitual del vendedor, funciona cuando no concurren “fallos de mercado”⁶⁰⁰,

⁵⁹⁵ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sociedades Mercantiles y Libertad de Establecimiento y Conflicto de Leyes en la Unión Europea” en *Derecho Comercial en el siglo XXI*, Universidad de La Sabana, Temis S.A. 2008. También en *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. LV, n° 1, 2007, pp. 49-121.

⁵⁹⁶ P. OLIVER / M.A. JARVIS, *Free movement of goods in the European Community under articles 28 to 30 of the EC treaty*, 4ª edición, Sweet & Maxwell, London, 2003, p. 99.

⁵⁹⁷ L. WOODS, *Free movement of goods and services within the European community*, Aldershot, United Kingdom, 2004, pp. 34-39.

⁵⁹⁸ S. BARIATTI, “Prime considerazioni sugli effetti dei principio generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario”, *RDIPP*, vol. XXXIX, 2003, pp. 671-706; M. V. BENEDETTELLI, “La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato”, *Rivista delle società*, 1997, pp. 39-113; P. BERTOLI, “Il ruolo della Corte di giustizia e l’interpretazione del futuro regolamento “Roma I””, *RDIPP*, vol. XLII, 2006, pp. 999-1020; L. F. CARRILLO POZO “La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, n° 74, 2004, pp. 11-46; M. WILDERSPIN / X. LEWIS, “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, *RCDIP*, vol. XCI, 2002, pp. 1-37 y 289-313.

⁵⁹⁹ M. VIRGÓS SORIANO/ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho Internacional Privado”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, n° 4, 2004, pp. 1-21.

⁶⁰⁰ M. VIRGÓS SORIANO/ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho Internacional Privado”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, n° 4, 2004, pp. 1-21 indican que el mercado funciona si las partes toman sus decisiones de conformidad con las condiciones siguientes: 1º) Las partes contratantes deben ser sujetos informados,

y, en cambio, no funciona cuando éstos tienen lugar. La corrección de los “fallos de mercado” se puede realizar a través de dos técnicas: 1º) *Técnica material*: armonización del Derecho sustantivo en el ámbito de los contratos. Y 2º) *Técnica conflictual*: el contrato internacional de compraventa de mercaderías “abandona” el principio del Estado de origen [de la mercadería] a favor de una solución de “lógica de Estado de destino” [de la mercancía] que consiste en la aplicación de la Ley del “Estado de destino” [de la mercancía].

584. Ahora bien, ¿Es más conveniente que el contrato de compraventa de mercaderías se rija por la Ley del país de la residencia habitual del vendedor, por la Ley del país de la residencia habitual del comprador o por cualquier otra Ley? En este caso el comprador, a diferencia del vendedor, soporta unos costes conflictuales elevados. El comprador debe solicitar información del contenido de la “Ley del vendedor” y, además, debe adaptar su comportamiento jurídico a dicha Ley. ¿Resulta justificado el trato de favor? Abandonar el principio de proximidad a su suerte e imponer la Ley estatal aplicable al contrato internacional de modo *rígido* y con absoluta ignorancia de los diferentes contactos que el contrato presente con los demás países, puede comportar un obstáculo al comercio internacional.

585. E incluso más, resulta necesario considerar la cuestión siguiente: ¿Por qué la prestación realizada por el exportador se considera económica y jurídicamente “más característica”, más onerosa, que la prestación ejercitada por el importador? Si bien el vendedor debe solicitar, con carácter general, mayor volumen de información jurídica que el comprador respecto de la celebración de un contrato internacional, en caso de controversia, esto es, si el vendedor incumpliere presuntamente lo estipulado en el contrato internacional, el comprador debe informarse y adaptarse jurídicamente al Derecho del vendedor. El comprador asumirá el mismo coste de información jurídica y de adaptación que tiene el vendedor⁶⁰¹.

586. Ambos, vendedor y comprador, realizan una actividad que constituye el “centro de su vida” (L. F. CARRILLO POZO⁶⁰²). En otras palabras, el comprador debe conocer el tribunal estatal que entrará a conocer del asunto, el contenido de la Ley estatal que regirá el litigio y si la decisión adoptada por el Juez del Estado miembro del vendedor será reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros en los que el comprador tiene interés en que dicha decisión judicial surta efectos jurídicos.

racionales y en posición simétrica. Y 2º) La no concurrencia de externalidades negativas. En caso de no cumplirse tales condiciones, intervendrán “fallos del mercado”.

⁶⁰¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 220-223.

⁶⁰² L. F. CARRILLO POZO, *El Contrato Internacional: La prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 127. ID., “Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41, esp. p. 23 “Si la aplicación de la norma de conflicto es gravosa, lo lógico es que ese coste lo asuma quien lo genera, que en el caso del art. 4 son ambos contratantes, que no han querido o no han podido alcanzar un acuerdo de elección de ley”.

587. Ejemplo. Una empresa española celebra un contrato con una empresa polaca por el que la empresa española adquiere una partida de figuras de madera polacas. El contrato se celebra en Alemania, puesto que, ambas empresas tienen sucursales abiertas en dicho Estado. El contrato dispone que el pago del precio y la entrega de la mercancía se lleven a cabo en dicho país. El contrato no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En consecuencia, si una de las partes contratantes incumpliera lo estipulado en el contrato ¿Qué Ley resulta aplicable al mismo?

588. La tabla siguiente pone de relieve el coste de aplicación de la Ley que debe soportar cada parte contratante:

Tabla núm. 19: Contrato de compraventa de figuras de madera polacas entre empresa española y empresa polaca. Análisis económico del principio de proximidad en comparación con el criterio de la residencia habitual de la parte que realiza la prestación característica del contrato.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor (Ley polaca) (art. 4.2 CR)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley alemana)
Empresa polaca	10	90	60
Empresa española	90	10	60
Total	= 100	= 100	= 120

589. En el caso de que este contrato de compraventa internacional se rija por la Ley del país de la residencia habitual del vendedor, la Ley polaca, éste sufrirá mínimos costes conflictuales, puesto que, su Derecho, el Derecho polaco, regula el contrato. *A sensu contrario*, el comprador debe asumir unos costes muy elevados de información y de adaptación a la Ley del país de la residencia habitual del vendedor. Por esta razón, la aplicación a este contrato internacional de compraventa de mercaderías de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor da lugar a un intercambio *ineficiente*, muy caro y costoso para una sola de las partes contratantes. En el mismo sentido, la aplicación a este contrato internacional de compraventa de mercaderías de la Ley del país de la residencia habitual del comprador, la Ley española, generará mínimos costes conflictuales para el comprador, mientras que, el vendedor soportará unos costes muy elevados de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a la Ley del país de la residencia habitual del comprador.

590. Sin embargo, si el mismo contrato de compraventa internacional de mercaderías se regula por la Ley del lugar de celebración y de ejecución del contrato, la Ley alemana, ambos particulares implicados asumirán costes conflictuales medios y equitativamente distribuidos entre ellos. El vendedor y el comprador tienen conocimiento, al menos parcialmente, del contenido del Derecho alemán, ya que, ambos tienen sucursales abiertas en Alemania. El coste global que sufragará cada parte contratante es superior al que soportaría en el caso de que su Derecho resultara aplicable al contrato, si bien, también es inferior al coste que le comporta la aplicación del Derecho de su contraparte. En consecuencia, la presunción contenida en el art. 4.2 CR – “Ley del país de la residencia habitual del prestador característico” – cede, en este supuesto, a favor de la aplicación de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución

del contrato – Ley alemana – puesto que, es la Ley del país con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR).

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

591. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales se fundamentaba en el principio de *automaticidad* y *rigidez absoluta*. En consecuencia, la Ley aplicable al contrato de compraventa de mercaderías, según lo que establecía la Propuesta y en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes, se correspondía, siempre y en todo caso, con la Ley del país de la residencia habitual del vendedor. En este sentido, la supresión de la cláusula de excepción puso de manifiesto que, con independencia de las circunstancias que incidieran en el supuesto, la Ley aplicable al contrato de compraventa de mercaderías sería, en todo caso, la Ley del país de la residencia habitual del vendedor.

592. Ejemplo. La instauración en España de una feria de productos típicos atrae a numerosos empresarios a nuestro país. En la feria, un ciudadano español y un sujeto belga celebran un contrato por el que el sujeto español adquirirá un gran número de encajes belgas. El ciudadano belga se compromete a entregar la materia en buen estado y el sujeto español queda vinculado a pagar el precio estipulado en el contrato. El contrato de compraventa de encajes belgas no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpliera aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley resulta aplicable al contrato de compraventa de mercaderías?

593. La tabla siguiente pone de relieve los costes conflictuales que ha de asumir cada parte contratante respecto de la Ley que resulte aplicable al contrato de compraventa de mercancías:

Tabla núm. 20: Contrato de compraventa de encaje belga entre sujeto español y ciudadano belga. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del vendedor sin posibilidad de excepcionar el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor (Ley belga) (Solución proporcionada por la Propuesta)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador, de la Ley del lugar de celebración y de ejecución del contrato (Ley española)
Ciudadano belga	10	50
Ciudadano español	90	10
Total	= 100	= 60

594. La respuesta que otorga la Propuesta para con la Ley aplicable a este contrato de compraventa internacional de mercancía consiste en que el mismo se regule por la Ley del país de la residencia habitual del vendedor. En este caso, la Ley belga comporta mínimos costes conflictuales para la parte vendedora en la medida en que ésta ve aplicada su Derecho al contrato, un Derecho cuyo contenido conoce perfectamente y con el que está acostumbrado a contratar. No obstante, la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor al mismo contrato genera costes conflictuales

muy elevados para el comprador en la medida en que debe informarse y adaptar su comportamiento jurídico a la Ley belga cuyo contenido desconoce.

595. Ahora bien, la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor a cualquier contrato calificado como contrato de compraventa de mercancías proporciona comodidad al Juez, en la medida en que no debe contar y pesar los distintos contactos que el contrato presenta con los diferentes países, si bien, también puede ocasionar un perjuicio a los particulares implicados, puesto que, no resulta aplicable al contrato de compraventa de mercaderías la Ley del país que les resulte previsible ambos, ni una Ley estatal que les comporte costes conflictuales reducidos.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

596. El Reglamento “Roma I” sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales se constituye sobre el principio de *automaticidad* y de *rigidez relativa*. El Reglamento “Roma I” establece que, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes, la Ley aplicable al contrato de compraventa de mercaderías se corresponde con la Ley del país de la residencia habitual del vendedor (art. 4.1.a) Reg. Roma I). Ahora bien, si del conjunto de circunstancias se desprende *claramente* que el contrato presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con un país distinto del indicado por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1.a) Reg. Roma I, el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la Ley del país con el que el contrato presente vínculos “manifiestamente” más estrechos (art. 4.3 Reg. Roma I).

597. Ejemplo. Un ciudadano portugués y un ciudadano francés celebran un contrato de compraventa de mercaderías en España por el que el sujeto portugués adquiere una partida de ordenadores al individuo francés. El contrato establece que el ciudadano francés se compromete a entregar los ordenadores en Portugal y el ciudadano portugués se obliga a pagar el precio en Portugal en el mismo momento de la entrega. El contrato de compraventa de ordenadores no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpliera lo estipulado en el contrato ¿Qué Ley resultará aplicable al mismo?

598. La tabla siguiente pone de manifiesto los costes conflictuales que asume cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato de compraventa de mercaderías:

Tabla núm: 21. Contrato de compraventa de ordenadores entre ciudadano francés y sujeto portugués. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del vendedor en comparación con el principio de proximidad.

	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de celebración del contrato (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor (Ley francesa) (art. 4.1.a) Reg. Roma I)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador y de la Ley del país del lugar de ejecución del contrato (Ley portuguesa)
Ciudadano portugués	90	90	10
Ciudadano francés	90	10	50
Total	= 180	= 100	= 60

599. En el supuesto de que la Ley reguladora de este contrato de compraventa internacional de ordenadores coincida con la Ley del país del lugar de celebración del mismo, ambas partes contratantes asumirán costes conflictuales elevadísimos, puesto que, ni el ciudadano portugués ni tampoco el sujeto francés tenían en mente que la Ley española pudiera regir el contrato. El lugar de celebración de este contrato es meramente fortuito o casual. Estas afirmaciones pueden poner de manifiesto que la solución a la que conduce la aplicación a este contrato internacional de compraventa de la Ley del país del lugar de celebración del contrato es *ineficiente* desde la perspectiva conflictual, lo que pone en peligro la celebración de este contrato y penaliza el comercio internacional.

600. La aplicación al contrato internacional de compraventa de mercaderías de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor (art. 4.1.a) Reg. Roma I) comporta costes conflictuales muy reducidos sólo para la parte vendedora. El ciudadano francés asumirá costes mínimos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a su Derecho. No obstante, la aplicación de la misma Ley comportará costes conflictuales muy elevados para el comprador, puesto que, éste desconoce el contenido de la Ley francesa y nunca ha contratado de conformidad con lo estipulado en ella. El Reglamento “Roma I” proporciona, en este supuesto, una solución *efectiva*, si bien, no una solución *eficiente* desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual.

601. En este contrato internacional de compraventa de ordenadores, la Ley del país de la residencia habitual del comprador y la Ley del país del lugar de ejecución del contrato – Ley portuguesa – conducen no únicamente a una solución *efectiva* sino también a una solución *eficiente* desde la perspectiva de la *eficiencia* conflictual. La regulación de este contrato por la Ley portuguesa genera un coste razonable para los particulares implicados y no una carga desproporcionada para éstos y, además, les comporta costes globales menores. De un lado, el sujeto portugués asumirá costes conflictuales muy reducidos, puesto que, se aplica su Derecho al contrato. Un Derecho cuyo contenido conoce y con el que está habituado a contratar. De otro lado, el sujeto francés es consciente de que la Ley portuguesa puede regular el contrato, ya que, es en Portugal donde se acuerda que se lleve a cabo la ejecución del mismo. El ciudadano francés se desplaza a Portugal con la finalidad de obtener una ventaja económica y de entregar la mercancía y cobrar el precio pactado.

602. En definitiva, la Ley aplicable al contrato de compraventa de mercaderías designada por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1.a) Reg. Roma I, que se corresponde con la Ley del país de la residencia habitual del vendedor, no supera el *test de eficiencia*. La aplicación al contrato de compraventa de mercaderías de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor genera un intercambio internacional *ineficiente* y muy costoso para ambos particulares implicados, puesto que, favorece de forma injustificada a una sola de las partes contratantes: la parte vendedora. Por esta razón, la parte compradora deberá asumir costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a la Ley del país de la residencia habitual del vendedor. En este sentido, la Ley del país de la residencia habitual del vendedor no constituye la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato de compraventa, no es una Ley previsible para las partes ni tampoco es una Ley que les comporte a ambos costes conflictuales reducidos. E incluso más, la difícil aplicación de la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I inspirada en el principio de proximidad, imposibilita la precisión de la Ley del país que presente los vínculos más estrechos con el contrato de compraventa de mercaderías.

C) Contrato de prestación de servicios (art. 4.1.b) Reg. Roma I): Ley del país donde el prestador tenga su residencia habitual

a) Aspectos generales del contrato de prestación de servicios⁶⁰³

603. La noción de “contrato de prestación de servicios” pertenece al Reglamento 44/2001 y se corresponde con la utilizada por el Reglamento “Roma I”. El contrato de prestación de servicios comprende los que generan obligaciones de medios y de resultado y, también, los que contienen obligaciones de hacer y de no hacer así como los contratos que comportan la obligación de poner a disposición una cosa.

604. En particular, el art. 5.1 Reg. 44/2001 considera el concepto “contrato de prestación de servicios” como un contrato que se erige sobre términos “económicos” y “no jurídicos”⁶⁰⁴. En este sentido, el contrato de prestación de servicios puede ser conceptualizado como el “*contrato que tiene como objetivo principal la prestación de una actividad que consiste en la realización de conductas positivas de dar, hacer o no hacer una cosa, a título oneroso, gratuito o lucrativo, y no en transmitir la propiedad de una cosa o en ceder facultades dominicales*” (P. BERLIOZ⁶⁰⁵)

⁶⁰³ J. L. BENAVIDES, “Contrato de prestación de servicios: difícil delimitación frente al contrato realidad”, *Revista Derecho del Estado*, nº 25, 2010, pp. 85-115; M. P. CANEDO ARRILLAGA, “Notas breves sobre la STJUE (Sala Cuarta) de 25 de febrero de 2010 (Car Trim: asunto C-381/08): los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. III, nº 1, 2011, pp. 263-269.

⁶⁰⁴ J. M. JACQUET, “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50.

⁶⁰⁵ P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1b)”, *JDI Clunet*, nº 3, 2008, pp. 675-717.

605. El concepto “contrato de prestación de servicios” recogido en el art. 4.1.b) Reg. Roma I cubre, principalmente y, entre otras, las siguientes categorías de contratos⁶⁰⁶:

Primera categoría: *contratos de gestión*⁶⁰⁷. Dentro de la categoría de los contratos de gestión resulta posible considerar los siguientes contratos: contrato de mandato, contrato de comisión mercantil, contrato de mediación o corretaje, contrato de agencia, contrato de *factoring*, contrato de gestión de carteras, contrato de depósito y administración de valores y contrato de liquidez.

Segunda categoría: *contratos de arrendamiento de servicios y de obra*⁶⁰⁸. La categoría “contratos de arrendamiento de servicios y de obra” integra, entre otros, los contratos siguientes: contrato de *consulting*, contrato de *engineering*, contrato de depósito, contrato de hospedaje, contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, contrato de ejecución de obra por ajuste o precio alzado, contrato de construcción de edificación o *Commercial Engineering*, contrato de *management* empresarial de gestión hotelera, contrato de garaje, contrato de exposición, contrato de alquiler de punto de amarre, contrato de logística, contrato de *Outsourcing*, contrato de *Catering*, contrato de *Cash-Pooling*, contrato de pericia contractual, contrato de *Escrow Agreement*, contrato de suministro y contrato de difusión publicitaria en antena.

Tercera categoría: *contratos aleatorios*⁶⁰⁹. Dentro de la categoría de los contratos aleatorios pueden distinguirse los siguientes: contrato de juego o apuesta y el contrato de lotería.

Cuarta categoría: *contratos de garantía*⁶¹⁰. Dentro de la categoría de los contratos de garantía es posible diferenciar los siguientes contratos de prestación de servicios: contrato de fianza, contrato de prenda, contrato de garantía autónoma o de garantía a primera demanda, contrato de crédito documentario, contrato de mandato de

⁶⁰⁶ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, 2011-2012, Comares, Granada, pp. 676-694 hacen referencia tanto a los contratos incluidos como a los contratos excluidos del concepto “contrato de prestación de servicios”.

⁶⁰⁷ L. DE ANGULO RODRÍGUEZ, “El contrato de comisión” en G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (COORD.) *Derecho Mercantil*, vol. II, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 263-277; R. HERRERA CAMPOS, “Contrato de mandato” en F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA (COORDS.) *Curso de Derecho Civil*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 529-547; I. MORATILLA GALÁN, “Contrato de agencia. Contrato de comisión: mandato mercantil”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 80, nº 684, 2004, pp. 1977-1988; M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Contrato internacional de factoring” en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Curso de Contratación Internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 301-316.

⁶⁰⁸ D. ECHAZ MORENO, “El contrato de outsourcing”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, nº 122, 2008, pp. 763-793; ID., “El contrato de management”, *Revista de derecho comercial*, nº 3, 2010, pp. 189-229; C. R. LEÓN OROZCO, “El contrato internacional de ingeniería: una aproximación, a propósito del caso Eurotúnel”, *Revista e-mercatoria*, nº 2, 2008, pp. 376-399; M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Contrato internacional de leasing” en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Curso de Contratación Internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 317-331.

⁶⁰⁹ J. LLOBET AGUADO, “El contrato de juego y apuesta”, *La Ley*, nº 3, 1993, pp. 761-788.

⁶¹⁰ P. CANEDO ARRILLAGA, “Contratos internacionales de garantía” en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Curso de Contratación Internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 271-299, esp. pp. 271-273; J. FERNÁNDEZ MERINO, “El mandato de crédito” en M. MUÑOZ CERVERA / U. NIETO CAROL (COORDS.) *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 813-844; M. D. ORTIZ VIDAL, “El crédito documentario en el comercio internacional”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, vol. I, nº 43, 2009, pp. 39-53; S. SERRANO ESCRIBANO, “La garantía a primera demanda”, *Cuadernos de estudios empresariales*, nº 9, 1999, pp. 281-297.

crédito, contrato de hipoteca mobiliaria, contratos de garantías financieras y *Cash-Comfort Letters*.

Quinta categoría: *contratos de servicios informáticos*⁶¹¹. En la categoría del concepto “contratos de servicios informáticos” resulta conveniente tomar en consideración los siguientes contratos: contrato de desarrollo de *Software (Contract for Custom Software Development)*, contrato de tratamiento de datos (“EDP”), contrato de acceso a bases de datos, contrato de recursos informáticos, contrato de *Facilities Management o Outsourcing informático*, contrato de suministro de servicios de Internet, contrato de diseño de página web o *website*, contrato de *Back-Up*, contrato de *web housing* y contrato de *Internet Access*.

Sexta categoría: *contratos de servicios bancarios y bursátiles*⁶¹². Dentro de la categoría “contratos de servicios bancarios y bursátiles” resulta conveniente hacer referencia a los siguientes: contrato de préstamo o mutuo, contrato de crédito a la exportación o a la importación, contrato de préstamo sindicado, contrato de alquiler de cajas de seguridad, contrato de apertura de crédito, contrato de descuento, contrato de *forfaiting*, contrato de *Forward Rate Agreement (FRA)*, contrato de cuenta corriente bursátil y contrato de comisión bursátil.

Séptima categoría: *contratos de servicios propios del sector marítimo y aéreo*⁶¹³. Dentro de esta categoría resulta conveniente considerar los siguientes contratos que también son calificados como contratos de prestación de servicios: contrato de remolque, contrato de practicaaje, contrato de carga y descarga y contrato de construcción de buque.

Octava categoría: *contratos de servicios propios del sector publicitario*⁶¹⁴. Dentro de la categoría “contratos de servicios propios del sector publicitario” deben

⁶¹¹ H. NÚÑEZ, “El contrato de página web”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 51, 2002, pp. 74-87; R. SÁNCHEZ LERÍA, “El contrato de hospedaje en página web: estructura contractual básica y la protección de los usuarios”, *Revista de la contratación electrónica*, nº 61, 2005, pp. 3-30.

⁶¹² J. E. CACHÓN BLANCO, “Aproximación al marco jurídico de las relaciones de liquidez del mercado de valores y, en particular, el contrato bursátil de liquidez”, *Revista de Derecho bancario y bursátil*, Año nº 13, nº 56, 1994, pp. 967-988; U. NIETO CAROL, “El contrato de comisión bursátil” en J. MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ / ALBERTO ALONSO UREBA (COORDS.) *Instituciones del mercado financiero*, vol. VIII, Sopec, Madrid, 1999, pp. 4979-5022; G. PANZARINI, “Il forfaiting: la funzione specie nel mercato internazionale, le technique, la qualificazione” en A. POLO DÍEZ (COORD.) *Estudios de Derecho bancario y bursátil homenaje a E. Verdura y Tulles*, vol. III, La Ley-Actualidad, Madrid, 1994, pp. 2047-2064; M. R. TAPIA SÁNCHEZ, “El contrato de préstamo bancario. El préstamo sindicado” en E. GADEA SOLER / A. SEQUEIRA MARTÍN (COORDS.) *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 753-773.

⁶¹³ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y Derecho aplicable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. III, nº 1, 2011, pp. 179-194; R. FERNÁNDEZ-GUERRA FERNÁNDEZ, “La reforma del contrato de construcción naval en el Proyecto de Ley general de navegación marítima de 2008”, *Revista del derecho de transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, nº 7, 2011, pp. 93-117; R. PADILLA GONZÁLEZ, “El transporte de mercancías en régimen de conocimiento; el contrato de pasaje, el contrato de remolque y otros contratos auxiliares de la explotación comercial del buque; los contratos de utilización de la aeronave” en G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (COORD.) *Derecho mercantil*, vol. II, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 1068-1093.

⁶¹⁴ C. GARCÍA DE LA RASILLA ARAMBARRI, “El contrato de patrocinio publicitario: regulación del contrato en previsión de futuros conflictos entre patrocinado y patrocinador”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 29, 2010, pp. 515-528; N. IKÁKULIS ARREGUI, “Aproximación al contrato de publicidad”, *Derecho de los Negocios*, Año nº 13, nº 140, 2002, pp. 15-40.

considerarse contratos de prestación de servicios los siguientes: contrato de publicidad y contrato de creación publicitaria.

606. No obstante, el art. 4.1.b) Reg. Roma I excluye, fundamentalmente, los siguientes contratos del concepto “contrato de prestación de servicios”: 1º) Los contratos de prestación de servicios que pueden calificarse como contratos de seguro, contratos celebrados por consumidores, contratos de trabajo, contratos de *franchising* y contratos de distribución. En efecto, todos estos contratos están sujetos a reglas propias y específicas recogidas en el Reglamento “Roma I” que prevalecen sobre el art. 4.1 b) Reg. Roma I, que es una “regla general”. 2º) Los contratos de compraventa y los contratos de cesión de derechos, pues constituyen contratos cuya finalidad principal es la transferencia de la propiedad o de facultades dominicales sobre cosas o derechos: licencias, compraventas y arrendamientos de patentes, marcas, *know-how*, y otros derechos. Además, en estos contratos de licencia, el licenciante no lleva a cabo una “conducta activa”: se limita a permitir la explotación de ciertos derechos de los que es titular. 3º) En general, puede afirmarse que los contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles también están excluidos del concepto de “contratos de prestación de servicios”. En efecto, a través de tales contratos se ceden concretas facultades derivadas del dominio, de modo que el arrendador no lleva a cabo una conducta activa o positiva en favor del arrendatario. Se limita a ceder facultades propias del derecho de propiedad y a dejar que el arrendatario ejerza pacíficamente dichas facultades.

b) Test de *eficiencia* de los puntos de conexión previstos para el contrato de prestación de servicios

607. La Ley aplicable al contrato de prestación de servicios será distinta en función del instrumento jurídico que resulte aplicable: el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales o el Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales “Roma I”.

1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

608. El Convenio de Roma establecía que, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes, el contrato de prestación de servicios se regulaba por la Ley del país con el que el contrato presentara los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). El Convenio de Roma presumía que el contrato de prestación de servicios presentaba los vínculos más estrechos con el país en el que la parte que debiera realizar la prestación característica tuviere, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual. O si se tratase de una sociedad, asociación o persona jurídica, el contrato de prestación de servicios se encontraba estrechamente vinculado con el país de su administración central (art. 4.2 CR). Sin embargo, si el contrato de prestación de servicios carecía de prestación característica o si del conjunto de circunstancias se desprendía que el contrato presentaba los vínculos más estrechos con un país distinto del país de la residencia habitual del prestador del servicio, el contrato de prestación de servicios se regía por la Ley del país con el que presentara los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR).

609. Ejemplo. La empresa MADR, con sede en Madrid, contrata al agente Monsieur Renard, que es un ciudadano de nacionalidad francesa con residencia habitual en Lyon, con objeto de que opere como agente de ventas de la sociedad MADR en Bruselas. El contrato de agencia no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió en el contrato, ¿Cuál es la Ley que resulta aplicable al mismo?

610. El art. 4.2 CR presume que el contrato de agencia tiene que regularse por la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico. En este sentido, ¿Quién es la parte que realiza la prestación característica en el contrato de agencia⁶¹⁵? El agente queda vinculado al cumplimiento, entre otras, de las obligaciones siguientes: 1º) El agente habrá de ejercitar la actividad profesional consistente en la promoción o la conclusión de las operaciones que se le hubieren encomendado. 2º) Tiene la obligación de velar por los intereses del empresario principal por cuya cuenta actúe y, además, ejercerá su actividad profesional siempre de forma leal y de buena fe. 3º) Debe comunicar al empresario principal toda la información relevante derivada de su actividad profesional y desarrollar la misma de conformidad con las instrucciones recibidas siempre que se garantice su independencia. 4º) Tiene la obligación de la no competencia con el empresario principal. El agente no podrá realizar por su cuenta, o por cuenta de otro empresario, una actividad profesional respecto de los mismos bienes o servicios contenidos en el contrato de agencia. Ahora bien, el empresario principal también lleva a cabo, entre otras, las obligaciones siguientes: 1º) Ha de facilitar al agente el desarrollo de su actividad mediante la entrega de las informaciones necesarias para ello y a través de la disposición de los muestrarios y la documentación que resulte precisa. 2º) Debe comunicar al agente si la operación que le propuso la acepta o la rechaza. 3º) Tiene que pagar la remuneración pactada al agente.

611. La tabla siguiente pone de relieve los costes conflictuales que debe asumir cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato de agencia.

Tabla núm: 22. Contrato de agencia entre empresa española y ciudadano francés. Análisis económico del principio de proximidad en comparación con el criterio presuntivo de la residencia habitual del prestador característico.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la agencia (Ley española) (¿art. 4.2 CR?)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del agente (Ley francesa) (¿art. 4.2 CR?)	Coste de aplicación de la ley del país del lugar de ejecución del contrato de agencia (Ley belga)
Empresa MADR	10	90	70
Ciudadano francés	90	10	60
Total	= 100	= 100	= 130

⁶¹⁵ H. AGUILAR GRIEDER, “El impacto del Reglamento Roma I en el contato internacional de agencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. III, n° 1, 2011, pp. 24-46; R. LARA GONZÁLEZ, “El contrato de agencia” en S. CÁMARA LAPUENTE (COORD.) *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 669-690; C. LARRUMBE LARA, “Problemas prácticos en la aplicación de la ley sobre contrato de agencia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 1, 2006, pp. 83-122; J. A. MENDIETA PINEDA, “Distribución del riesgo en el contrato de agencia comercial”, *Revista e-mercatoria*, n° 1, 2006, pp. 120-145; R. RUEDA VALDIVIA, “El contrato internacional de agencia comercial: un análisis desde la perspectiva del Derecho aplicable”, *Derecho de los Negocios*, Año n° 8, n° 86, 1997, pp. 17-40.

612. La determinación de quién es la parte contratante que lleva a cabo la prestación característica en el contrato de agencia resulta extremadamente difícil, puesto que, ambos particulares implicados realizan prestaciones complejas. No obstante, la aplicación a este contrato de agencia de la Ley del país de la sede de la agencia – Ley española – o de la Ley del país de la residencia habitual del agente – Ley francesa – conduce al mismo resultado desde la perspectiva de la *eficiencia* conflictual: la parte contratante que vea aplicado su Derecho al contrato asumirá mínimos costes conflictuales porque se encuentra en la perfecta posición jurídica para conocer el contenido de su Derecho. Sin embargo, el particular implicado que soporte la aplicación de la Ley de la sede y/o de la residencia habitual de la contraparte sufrirá costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a tal Derecho. Esta situación puede influir negativamente en la celebración de este contrato y de los próximos que puedan celebrarse entre ambas partes contratantes.

613. Por el contrario, la aplicación al contrato de agencia de la Ley del país en el que se lleva a cabo la ejecución de lo dispuesto en el mismo comporta costes conflictuales medios y distribuidos eficientemente para ambos particulares implicados. El ciudadano francés tiene en mente que la Ley belga puede resultar aplicable al contrato de agencia en la medida en que el desarrollo de la actividad prevista en el contrato se lleva a cabo en Bruselas. En este sentido, el ciudadano francés asumirá un coste reducido de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho belga, puesto que, es un Derecho que se halla dentro de su esfera de dominio legal. La empresa MADR también es consciente de que la Ley belga puede resultar aplicable al contrato de agencia en la medida en que es en ese país donde la empresa desarrolla su actividad. En sintonía con ello, la empresa MADR asumirá un coste conflictual reducido, puesto que, se trata de un Derecho cuyo contenido conoce en gran medida y, además, está habituada a contratar de conformidad con él, puesto que, lleva a cabo su actividad en Bruselas.

614. El Convenio de Roma permitía que el Juez estimara si este contrato de agencia debía regirse, o no, por la Ley del país del lugar de ejecución del mismo, ya que, coincide con la Ley del país con la que el contrato internacional presenta los vínculos más estrechos. La presunción “Ley del país en el que la parte que debiera realizar la prestación característica tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato” se desvirtúa a favor del principio de proximidad.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

615. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales puso de manifiesto que, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes, el contrato de prestación de servicios se regía por la Ley del país de la residencia habitual del prestador del servicio porque consideraba que el prestador del servicio se correspondía, en el contrato de prestación de servicios, con el sujeto que llevaba a cabo la prestación característica. Además, la supresión de la cláusula de excepción puso de relieve que cualquier contrato calificado como contrato de prestación de servicios se regía, siempre y en todo caso, por la Ley del país de la residencia habitual del prestador del servicio, con independencia de las circunstancias que intervinieran en el mismo.

616. Ejemplo. El ente de publicidad TELERAD, con sede central en Madrid, y el anunciante ABCD, con residencia habitual en Roma, celebran un contrato de publicidad en Berlín por el que el anunciante ABCD solicita a TELERAD la utilización de su espacio publicitario en Bruselas y, en contraprestación, TELERAD recibirá un total de 100.000 €. El contrato de publicidad no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable por las partes. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Cuál es la Ley que resulta aplicable al contrato de publicidad?

617. La precisión de la Ley aplicable al contrato de publicidad implica clarificar quién es la parte que realiza la prestación característica en el contrato de publicidad. El contrato de publicidad⁶¹⁶ constituye un contrato bilateral que implica obligaciones para ambas partes contratantes. De un lado, el anunciante tiene la obligación de proporcionar a la agencia de publicidad los medios o los datos necesarios para que pueda llevar a cabo su actividad y también debe pagar la remuneración convenida y el coste del empleo de los medios de difusión. De otro lado, el titular de la agencia se obliga a la preparación y realización de la publicidad en los términos convenidos. Para ello, contratará con los medios de difusión y la prestación de los servicios necesarios. El titular de la agencia también queda obligado a controlar la ejecución de estos contratos por parte de los medios de difusión a través del uso de una máxima diligencia y cuidado del negocio como propio.

618. La tabla siguiente pone de manifiesto los costes conflictuales que asumirá cada parte contratante respecto de la Ley que resulte aplicable al contrato de publicidad.

Tabla núm: 23. Contrato de publicidad entre empresa española y residente habitual italiano. Análisis económico del criterio “residencia habitual del prestador característico” en comparación con el criterio “lugar de ejecución del contrato”.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede central del ente de publicidad (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del anunciante (Ley italiana)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de celebración del contrato de publicidad (Ley alemana)	Coste de aplicación de la Ley del país en el que se lleva a cabo la actividad publicitaria (Ley belga)
Ente publicitario TELERAD	10	90	90	70
Anunciante ABCD	90	10	90	70
Total	= 100	= 100	= 180	= 140

619. La aplicación a este contrato de la Ley del país de la sede central del ente de publicidad – Ley española – genera costes conflictuales reducidos para el ente publicitario TELERAD, puesto que, ve aplicado su Derecho al contrato de publicidad.

⁶¹⁶ C. GARCÍA DE LA RASILLA ARAMBARRI, “El contrato de patrocinio publicitario: regulación del contrato en previsión de futuros conflictos entre patrocinado y patrocinador”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, nº 29, 2010, pp. 515-528; N. IKÁKULIS ARREGUI, “Aproximación al contrato de publicidad”, *Derecho de los Negocios*, Año nº 13, nº 140, 2002, pp. 15-40.

Por esta razón, asume costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho español, en la medida en que, conoce el contenido del Derecho español y está acostumbrado a contratar con él. Sin embargo, la aplicación al contrato de publicidad de esta misma Ley perjudica, de forma injustificada, al anunciante ABCD porque ignora el contenido del Derecho español. La misma situación tiene lugar en el caso de que el contrato de publicidad se rija por la Ley del país de la residencia habitual del anunciante – Ley italiana –.

620. Ahora bien, el supuesto que este contrato de publicidad se regule por la Ley del país de celebración del mismo – Ley alemana –, ambos particulares implicados asumirán costes conflictuales muy elevados. Tanto el ente publicitario TELERAD como el anunciante ABCD desconocen el contenido de la Ley alemana y jamás han contratado de conformidad con ella, puesto que, el país del lugar de celebración del contrato de publicidad se corresponde con un lugar fortuito. Por esta razón, la aplicación de la Ley del país del lugar de celebración del contrato de publicidad comporta, en este supuesto, costes conflictuales muy elevados para ambas partes contratantes.

621. Sin embargo, la aplicación a este contrato de la Ley del país en el que se lleva a cabo la actividad publicitaria – Ley belga – comporta costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos para ambas partes contratantes. Por una parte, el ente publicitario TELERAD posee medios técnicos en Bélgica. En este sentido, conoce el contenido del Derecho belga y, por esta razón, la Ley belga se encuentra dentro de su esfera de dominio legal. Por otra parte, el anunciante ABCD solicita desplegar su actividad en Bélgica, lo que pone de relieve que conoce el contenido del Derecho belga y que está acostumbrado a contratar con él. Por esta razón, la Ley belga también se encuentra dentro de la esfera de dominio legal del anunciante. En consecuencia, la aplicación al contrato de publicidad de la Ley del país en el que se lleva a cabo la actividad publicitaria se corresponde con una Ley previsible que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. La Ley del país en el que se ejercita la actividad publicitaria constituye una Ley *eficiente* para las partes contratantes que les comporta, a ambas, mínimos costes conflictuales.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

622. El Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales “Roma I” establece que, en ausencia de elección de Ley aplicable al contrato de prestación de servicios, el contrato de préstamo⁶¹⁷ se regirá por la Ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual (art. 4.1.b) Reg. Roma I). Ahora bien, si del conjunto de circunstancias se desprende *claramente* que el contrato de prestación de servicios presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con un país distinto del país de la residencia habitual del prestador característico, se aplicará la Ley del país con

⁶¹⁷ E. GADEA SOLER, “El contrato de préstamo bancario. El préstamo bancario de dinero” en E. GADEA SOLER / A. SEQUEIRO MARTÍN (COORDS.) *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 701-740; N. MARTÍ SÁNCHEZ, “El contrato de préstamo” en U. NIETO CAROL (COORD.) *Aspectos prácticos de la contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 1996, pp.79-110; D. A. MORÁN BOVIO, “El contrato de préstamo mercantil” en G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (COORD.) *Derecho mercantil*, 8ª edición, vol. II, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 406-423; I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “El contrato de préstamo” en J. F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.) *Instituciones de Derecho privado*, vol. III, tomo 2, Civitas, Madrid, 2001, pp. 939-1138.

el que el contrato de prestación de servicios presente la vinculación *manifiestamente* más estrecha (art. 4.3 Reg. Roma I).

623. Ejemplo. La entidad bancaria LUXEMB, con sede central en Luxemburgo, concede un préstamo a un ciudadano luxemburgués con residencia habitual en Bruselas. El contrato de préstamo pone de manifiesto que el banco entregará al ciudadano la cantidad de 100.000 € en la fecha 12. 02. 2012 y el cliente deberá devolver la cantidad prestada y los intereses derivados de esa cantidad en el plazo de dos años desde la entrega. El contrato de préstamo no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable por las partes. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Cuál es la Ley que resulta aplicable al contrato?

624. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que soportará cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato de préstamo.

Tabla núm: 24. Contrato de préstamo entre entidad bancaria luxemburguesa y ciudadano luxemburgués. Análisis económico del criterio de la sede central de la entidad bancaria en comparación con el criterio de la residencia habitual del prestatario.

	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de la sede central de la entidad bancaria y del lugar de celebración y ejecución del contrato de préstamo (Ley luxemburguesa)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del prestatario (Ley belga) (art. 4.1.b) Reg. Roma I)
Entidad bancaria LUXEMB	10	90
Prestatario belga	50	10
Total	= 60	= 100

625. La aplicación al contrato de préstamo de la Ley del país del lugar donde se halla la sede central de la entidad bancaria y la Ley de su lugar de celebración y ejecución comporta costes conflictuales reducidos para ambas partes contratantes. Por una parte, la entidad bancaria LUXEMB ve aplicado su Derecho al contrato de préstamo. Por esta razón, asume costes mínimos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho luxemburgués, puesto que, la entidad bancaria conoce perfectamente el contenido del Derecho luxemburgués y está acostumbrada a contratar con el. Por otra parte, el prestatario luxemburgués con residencia habitual en Bélgica se desplaza a Luxemburgo con objeto de solicitar un préstamo en dicha ciudad. En este sentido, el prestatario soporta costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho luxemburgués, puesto que, es un Derecho cuyo contenido conoce perfectamente. En consecuencia, la Ley luxemburguesa se corresponde con una Ley previsible para ambas partes contratantes que les comporta mínimos costes conflictuales. La Ley luxemburguesa es la Ley que ambos particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato y es la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato de préstamo.

626. Mientras que, la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del prestatario comporta costes conflictuales reducidos para una sola de las partes contratantes: el prestatario con residencia habitual en Bélgica. Sin embargo, la aplicación de la misma Ley estatal genera costes conflictuales elevados para su contraparte: la entidad bancaria LUXEMB. En consecuencia, la aplicación de la Ley

belga al contrato de préstamo beneficia caprichosamente al prestatario si bien perjudica de modo antojadizo a la entidad bancaria LUXEMB.

627. En conclusión, la Ley aplicable al contrato de prestación de servicios designada por el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1.b) Reg. Roma I, que se corresponde con la Ley del país de la residencia habitual del prestador del servicio, no supera el *test de eficiencia*. La aplicación al contrato de prestación de servicios de la Ley del país de la residencia habitual del prestador del servicio genera un intercambio internacional *ineficiente* que penaliza el comercio internacional. La Ley del país de la residencia habitual del prestador del servicio favorece caprichosamente a una sola de las partes contratantes: la parte prestadora del servicio. Y, la contraparte deberá asumir costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a la Ley del país de la residencia habitual del prestador del servicio. Por estas razones, la Ley del país de la residencia habitual del prestador del servicio no constituye la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato de prestación del servicio, no es una Ley previsible para las partes ni tampoco es una Ley que les comporte a ambos costes conflictuales reducidos. E incluso más, la difícil aplicación de la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I inspirada en el principio de proximidad, imposibilita la precisión de la Ley que presente los vínculos más estrechos con el contrato de prestación de servicios.

D) Contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble (art. 4.1.c) Reg. Roma I): Ley del país donde esté sito el bien inmueble

a) Aspectos generales del contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble⁶¹⁸

628. El contrato que tiene por objeto un derecho real inmobiliario comporta la transmisión de la propiedad de un bien inmueble a cambio del pago de una renta o precio de conformidad con lo estipulado en el contrato. En particular, el contrato de arrendamiento de un bien inmueble tiene por objeto la transmisión del uso, goce y disfrute del bien inmueble a cambio de un precio cierto y por tiempo determinado.

629. Los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se rigen por la Ley del país donde esté situado el bien inmueble, puesto que, el denominador común de estos contratos se encuentra en la transmisión de la propiedad. En sintonía con ello, la Ley indicada en el art. 4.1.c) Reg. Roma I cubre, entre otros, los contratos siguientes⁶¹⁹: los contratos que tengan por

⁶¹⁸ F. J. CALVO GALLEGO, “Arrendamiento de empresa y contrato de obra o servicio determinado”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 51, 1999, pp. 227-244; J. JACOBO, “El contrato de empresa internacional en la regulación de los contratos de arrendamiento de inmuebles”, *Revista crítica de derecho privado*, nº 6, 2009, pp. 203-213; I. MATEO Y VILLA, “De la anticresis: algunas cuestiones”, *Revista de derecho privado*, Año nº 95, mes 5-6, 2011, pp. 83-112.

⁶¹⁹ A. – L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 694-696 hacen referencia a los contratos incluidos y excluidos del concepto “contrato relativo a derechos reales inmobiliarios o arrendamiento de inmuebles”.

objeto la constitución de un derecho real sobre un inmueble – tales como el contrato de compraventa de inmueble, contrato de constitución de censo reservativo, contrato de constitución de censo enfiteútico, contrato de constitución de censo consignativo, contrato de constitución de anticresis, contratos de servidumbre, contrato de servidumbre personal, contrato de hipoteca de bienes inmuebles y la donación de bienes inmuebles –, el contrato de cambio de suelo por vuelo, el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles y el contrato de renta vitalicia que recae sobre bienes inmuebles.

630. Ahora bien, el término “contrato relativo a derechos reales inmobiliarios o arrendamiento de inmuebles” excluye, principalmente y, entre otros, los contratos siguientes: 1º) *Contratos de construcción y contratos de reparación de bienes inmuebles*. Este contrato se regirá por la Ley del país de la residencia habitual del prestador del servicio que realiza los trabajos sobre el inmueble (art. 4.1 b) Reg. Roma I, art. 4.2 Reg. Roma I). 2º) *Contrato de subarrendamiento*. Este contrato deberá regirse, con carácter general, por la Ley del país de residencia habitual del subarrendador, puesto que, el subarrendador es la parte que realiza la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reg. Roma I). Ahora bien, si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del país de la residencia habitual del subarrendador, se aplicará al contrato la Ley del país con el que el contrato presente los vínculos manifiestamente más estrechos (art. 4.3 Reg. Roma I). 3º) *Contrato de precario sobre inmueble*. Este contrato forma parte de los contratos de cesión de uso y disfrute. El contrato de precario implica la cesión por una parte contratante del uso de un inmueble de forma gratuita a la otra parte contratante. Este contrato puede ser resuelto en cualquier momento, la parte contratante cedente ostenta la facultad de revocarle dicho uso a su pleno arbitrio. El contrato de precario sobre inmueble se rige por la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I), puesto que, este contrato no tiene por objeto la transmisión de la propiedad. 4º) *Contrato de préstamos de inmueble*. Este contrato comporta la entrega, por parte del propietario de un bien inmueble, de la tenencia del inmueble destinada al uso y goce durante un plazo determinado sin que la parte cedente obtenga contraprestación por ello. Este contrato se rige por la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I), puesto que, este contrato no tiene por objeto la transmisión de la propiedad.

b) Test de eficiencia de los puntos de conexión previstos para el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble

631. El contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por una Ley distinta en función del instrumento jurídico que se tome como referente: el Convenio de Roma, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales o el Reglamento “Roma I”.

1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

632. El Convenio de Roma sometió al contrato que tuviera por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble a la Ley del país con el que dicho contrato presentara los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). Ahora bien, el Convenio de Roma incorporaba una presunción que tenía por finalidad ayudar al Juez a precisar la Ley aplicable al este contrato. En este sentido, el art. 4.3 CR establecía que este contrato presentaba los vínculos más estrechos con el país en el que estuviera situado el bien inmueble. No obstante, la presunción podía ser desvirtuada en el supuesto de que existiera un país más estrechamente vinculado con el contrato que el país del lugar de situación del inmueble (art. 4.5 CR).

633. Ejemplo. Un ciudadano español y un sujeto alemán celebran un contrato de compraventa de inmueble. El contrato de compraventa de inmueble establece que el sujeto español vende al individuo alemán un inmueble sito en La Manga del Mar Menor (España) de conformidad con las condiciones estipuladas en el contrato. Y el sujeto alemán se compromete a pagar el precio determinado en el mismo. El contrato de compraventa de bien inmueble no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable al contrato. En el supuesto de una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley resultará aplicable al contrato de compraventa de bien inmueble?

634. La tabla siguiente pone de manifiesto el coste conflictual que debe asumir cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato:

Tabla núm: 25. Contrato de compraventa de bien inmueble entre sujeto español y ciudadano alemán. Análisis económico del principio de proximidad en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del comprador (Ley alemana)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del vendedor y Ley del lugar de situación del inmueble (Ley española) (art. 4.3 CR)
Ciudadano alemán	10	50
Ciudadano español	90	10
Total	= 100	= 60

635. En el caso de que este contrato internacional de compraventa de inmueble se regule por la Ley del país de la residencia habitual del comprador – Ley alemana –, éste se beneficiará de su posición jurídica, puesto que, conoce perfectamente el Derecho que va a resultar aplicable al negocio y, además, está acostumbrado a contratar con él. Por esta razón, sufragará costes mínimos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a su Derecho. *A sensu contrario*, la parte vendedora soportará costes conflictuales muy altos, ya que, ignora el contenido de la Ley alemana y nunca ha contratado de conformidad con lo estipulado en ella. El reparto de costes conflictuales entre ambos particulares implicados resulta extraordinariamente desproporcionado, lo que ocasiona una carga excesiva, si bien, para una sola de las partes contratantes.

636. No obstante, aplicar a este contrato internacional de compraventa de bien inmueble la Ley del país de la residencia habitual del vendedor y la Ley del país del lugar de situación del inmueble – Ley española – comporta costes conflictuales menores para ambos particulares implicados. Por una parte, el ciudadano español ve aplicado su Derecho al contrato. Un Derecho cuyo contenido conoce perfectamente y con el que, además, está habituado a contratar. Por otra parte, el ciudadano alemán también es consciente de que la Ley española puede resultar aplicable al contrato, puesto que, el bien inmueble que compra se encuentra en España. En consecuencia, el ciudadano alemán sufragará costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho español, puesto que, la Ley española forma parte de la esfera de dominio legal del ciudadano alemán. En este supuesto, la Ley española se corresponde con la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de celebración del contrato. Es una Ley previsible para ambas partes contratantes que les comporta mínimos costes conflictuales.

637. En este supuesto planteado, la presunción contenida en la norma de conflicto de leyes del art. 4.3 CR – Ley del país del lugar de situación del bien inmueble – se corresponde con la Ley del país con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

638. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales señaló que el contrato que tuviera por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regularía, siempre y en todo caso, con independencia de las circunstancias que formaran parte del supuesto, por la Ley del país del lugar de situación del inmueble.

639. Ejemplo. Un ciudadano francés cede su finca a un ciudadano español con objeto de que éste construya, en un futuro, una edificación. El contrato de cambio de suelo por vuelo pone de manifiesto que el sujeto francés se compromete a ceder su finca al ciudadano español para que éste construya la edificación en el plazo de un año. El sujeto español queda obligado a entregar el local comercial y tres pisos de la edificación aludida al individuo francés. El contrato de cambio de suelo por vuelo no establece una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que cualquiera de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley resultará aplicable al contrato?

640. La tabla siguiente pone de relieve el coste de aplicación que debe asumir cada parte contratante en función de la Ley estatal aplicable al contrato de cambio de suelo por vuelo.

Tabla núm: 26. Contrato de cambio de suelo por vuelo entre ciudadano francés y sujeto español. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del prestador característico en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del constructor (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del cedente de la finca y de la Ley del lugar de situación del inmueble (Ley francesa) (Solución dada por la Propuesta)
Ciudadano francés	90	10
Ciudadano español	10	50
Total	= 100	= 60

641. El coste de información y de adaptación del comportamiento jurídico del constructor español a su Derecho será mínimo, mientras que, la parte cedente del terreno sufragará costes conflictuales muy elevados. En consecuencia, la aplicación de la Ley española a este contrato de suelo por vuelo pone en peligro la celebración del mismo, también de los posibles futuros contratos y, además, penaliza el comercio internacional, puesto que, la Ley del país de la residencia habitual del constructor favorece a una sola de las partes contratantes, mientras que, perjudica notoriamente a su contraparte.

642. No obstante, en este supuesto, la aplicación a este contrato internacional de cambio de suelo por vuelo de la Ley del país de la residencia habitual del cedente de la finca y de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble generan costes conflictuales reducidos para ambas partes contratantes. De un lado, la parte constructora se traslada a Francia con la finalidad de adquirir un terreno para procurar, en dicho país, la construcción de una edificación. Por lo tanto, el ciudadano español es consciente de que la Ley francesa puede resultar aplicable al contrato en caso de que surgiera una cuestión controvertida. De otro lado, el ciudadano francés ve aplicado su Derecho, el cual conoce perfectamente y con el cual está habituado a contratar. Por esta razón, el ciudadano francés debe sufragar mínimos costes de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho francés. En consecuencia, el punto de conexión “Ley del lugar de situación del inmueble” ni beneficia ni perjudica caprichosamente a una sola de las partes contratantes. Es un punto de conexión “neutro” que favorece, con frecuencia, no sólo una solución *efectiva*, sino también, una solución *eficiente* desde la perspectiva *económico-conflictual*.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

643. El Reglamento “Roma I” establece que la Ley del país donde esté sito el bien inmueble (art. 4.1.c) Reg. Roma I) resulta aplicable al contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble. Ahora bien, si del conjunto de circunstancias se desprende *claramente* que el contrato presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con un país distinto del indicado en la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1c) Reg. Roma I, el contrato se regirá por la Ley de éste último país (art. 4.3 Reg. Roma I).

644. Ejemplo. El sujeto A, nacional español con residencia habitual en España, es propietario de un bien inmueble situado en Florencia. El sujeto B, nacional español con residencia habitual en España, tiene una oferta para trabajar en Florencia durante tres años. El sujeto A y el sujeto B celebran un contrato de arrendamiento de bien inmueble por el que el sujeto A se compromete a arrendar el piso al ciudadano B durante esos tres años y el sujeto B se obliga a pagar el precio estipulado en el contrato al sujeto A. El contrato de arrendamiento de bien inmueble no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable por las partes. En caso de que cualquiera de las partes incumpliera lo estipulado en el contrato, ¿Qué Ley estatal debe regir el contrato de arrendamiento de bien inmueble?

645. La tabla siguiente pone de manifiesto el coste de aplicación de Ley al contrato que debe soportar cada parte contratante:

Tabla núm: 27. Contrato de arrendamiento de bien inmueble entre ciudadanos residentes en España. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de ambas partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.

	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble (Ley italiana) (art. 4.1.c) Reg. Roma I)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del arrendador y del arrendatario (Ley española)
Ciudadano A (arrendador)	80	10
Ciudadano B (arrendatario)	100	10
Total	= 180	= 20

646. En el caso de que este contrato de arrendamiento de bien inmueble se regule por la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble – Ley italiana – tanto el ciudadano A como el sujeto B sufragarán costes conflictuales muy elevados porque ninguno de ellos conoce a la perfección el contenido del Derecho italiano y, además, no suelen contratar, con frecuencia, en Italia. El coste conflictual que asume el ciudadano A es algo inferior al que soporta el sujeto B, puesto que, el propietario del bien inmueble tuvo un “contacto” con el Derecho italiano en el momento en que compró el bien inmueble en Italia. No obstante, el Derecho italiano no es un Derecho con el que esté habituado a contratar. El arrendatario del bien inmueble desconoce el contenido de la Ley italiana. El Derecho italiano es un Derecho que ignora y con el que no ha contratado nunca. En este supuesto, el punto de conexión “Ley del lugar de situación del inmueble” empleado por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1.c) Reg. Roma I no conduce a una solución *eficiente* desde el punto de vista conflictual, lo que pone en peligro la celebración del contrato internacional. Ambos particulares soportarán una carga conflictual excesiva y desproporcionada a partir de la asignación de costes no razonables.

647. Por el contrario, si a este contrato resulta aplicable la Ley del país de la residencia habitual de arrendador y arrendatario, ambos, soportarán costes conflictuales mínimos. El contrato de arrendamiento de bien inmueble se rige por un Derecho que ambos particulares conocen perfectamente y con el que están habituados a contratar. El Derecho español se corresponde con la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. La Ley española constituye una Ley previsible para ambas partes contratantes que les comporta costes conflictuales mínimos. Es la Ley

del país que presenta los vínculos más estrechos con el concreto contrato. La Ley estatal que conduce a una solución *eficiente* desde la perspectiva conflictual.

648. El sistema actual pone de relieve que el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la Ley del lugar de situación del inmueble (art. 4.1.c) Reg. Roma I). Con carácter general, el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1.c) Reg. Roma I se inspira en el principio de proximidad⁶²⁰. La Ley del país del lugar de situación del bien inmueble se corresponde, en la mayor parte de los supuestos, con la Ley del país más vinculado con el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble. El punto de conexión “Ley del lugar de situación del inmueble” es un punto de conexión “neutro” que ni favorece ni perjudica de forma antojadiza a ninguna de las partes contratantes.

649. Sin embargo, en determinadas ocasiones, la Ley del país de situación del inmueble no se corresponde con la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble. En esos casos, su aplicación puede producir un intercambio internacional *ineficiente* que genere costes conflictuales muy elevados para ambos particulares implicados. Además, la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I, que permitiría escapar de la aplicación al contrato de una Ley imprevisible para los particulares implicados que les genere costes conflictuales altos, no resultará aplicable salvo en aquellos casos en los que la vinculación entre el “lugar de situación del inmueble” y el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble sea meramente formal o aparente.

650. En conclusión, el punto de conexión “Ley del lugar de situación del inmueble” contenido en la norma de conflicto de leyes del art. 4.1.c) Reg. Roma I respecto de los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble supera parcialmente el *test de eficiencia*. En la mayoría de los supuestos, la Ley aplicable a este contrato se corresponde con la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. La Ley del lugar de situación del bien inmueble constituye, en esos casos, una Ley previsible para ambas partes contratantes que les comporta costes conflictuales reducidos. No obstante, el punto de conexión “Ley del lugar de situación del inmueble” también puede distanciarse, respecto de ciertos casos, de la Ley del país con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos. En este sentido, la Ley del lugar de situación del inmueble se convierte en una Ley imprevisible para los particulares implicados que les genera costes conflictuales muy elevados.

E) Contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos (art. 4.1.d) Reg. Roma I): Ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en el mismo país

⁶²⁰ S. FRANQ, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 40-69.

a) Aspectos generales del contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos⁶²¹

651. El contrato de arrendamiento de un bien inmueble es aquél contrato por el que una de las partes contratantes, denominada arrendador, se obliga a entregar el uso, goce o disfrute del bien inmueble a otra persona, denominada arrendatario, a cambio del pago de un precio cierto y por un plazo determinado. No obstante, este contrato de arrendamiento precisa de una serie de especificidades para encajar en el tipo previsto por el Reglamento “Roma I”.

652. El contrato de arrendamiento de un bien inmueble se rige por la Ley del lugar de situación del inmueble (art. 4.1.c) Reg. Roma I). Ahora bien, si el contrato de arrendamiento del bien inmueble se celebrara con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos, resultará aplicable 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 (art. 4.1.d) Reg. Roma I). En este sentido, la Ley del país de la residencia habitual común de propietario y arrendatario se aplicará al contrato de arrendamiento en el supuesto de que ambos contratantes, propietario y arrendatario, dispongan su residencia habitual en un país distinto del país en el que el bien inmueble se encuentra situado, con independencia de que el país de la residencia habitual de las partes contratantes sea un Estado miembro o un tercer Estado.

b) Test de eficiencia de los puntos de conexión previstos para el contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos

653. En el sector de la competencia judicial internacional, la regla general pone de relieve que son exclusivamente competentes, en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito (art. 22 Reg. 44/2001). Ahora bien, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los tribunales del Estado miembro donde estuviere domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario fuere una persona física y que propietario y arrendatario estuvieren domiciliados en el mismo Estado miembro (art. 22.1 Reg. 44/2001). El tribunal aplica su propia Ley (*Lex fori*).

654. En el ámbito de la Ley aplicable, el contrato de 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 de la residencia habitual de ambas partes contratantes, con independencia del instrumento jurídico que se tome en consideración.

⁶²¹ A. DURÁN AYAGO, “Autonomía de la voluntad y contratos de arrendamientos de bienes inmuebles de corta duración en el régimen comunitario de la competencia judicial internacional”, *International Law: revista colombiana de derecho internacional*, nº 6, 2005, pp. 61-85.

1º Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

655. En ausencia de elección de Ley aplicable por las partes, el contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regiría, de conformidad con lo estipulado en el Convenio de Roma, por la Ley del país con la que el contrato presentara los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). El Convenio de Roma presumía que este contrato se hallaba estrechamente vinculado con la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble (art. 4.3 CR), si bien, no hacía referencia al particular supuesto derivado del contrato de arrendamiento. No obstante, si se desprendía de las circunstancias específicas del asunto contractual que éste presentaba vínculos más estrechos con un Estado distinto del país del lugar de situación del bien inmueble, la Ley con la que el contrato presentara los vínculos más estrechos regularía el mismo (art. 4.5 CR).

656. Ejemplo. Un ciudadano español con residencia habitual en París y un ciudadano francés con residencia habitual en París celebran un contrato de arrendamiento de un bien inmueble situado en España. El contrato de arrendamiento establece que el ciudadano español arrienda el inmueble al ciudadano francés para fines de uso personal por un período de dos meses consecutivos y el ciudadano francés deberá abonar al ciudadano español el precio estipulado en el contrato. El contrato no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes incumpliera lo estipulado en el contrato, ¿Cuál es la Ley que resulta aplicable al mismo?

657. La tabla siguiente pone de relieve el coste que debe asumir cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable.

Tabla núm: 28. Contrato de arrendamiento de bien inmueble entre ciudadanos que tienen su residencia habitual en Francia. Análisis económico del principio de proximidad en comparación con el criterio de la residencia habitual de ambas partes contratantes.

	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de situación del inmueble (Ley española) (art. 4.3 CR)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del propietario y arrendatario (Ley francesa) (art. 4.5 CR)
Ciudadano español (propietario)	10	20
Ciudadano francés (arrendatario)	60	10
Total	= 70	= 30

658. Si este contrato de arrendamiento de bien inmueble, celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos, se rige por la Ley del lugar de situación del bien inmueble, ambas partes contratantes asumen costes conflictuales reducidos. El ciudadano español sufragará un coste mínimo de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a su Derecho, el Derecho español. El ciudadano francés también soportará costes conflictuales menores, puesto que, es consciente de que el inmueble está situado en España y tiene en mente la posibilidad de que la Ley española pueda resultar aplicable al contrato. En consecuencia, la presunción contenida en el art. 4.3 CR conduce a una solución *efectiva* desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual.

659. No obstante, la Ley que regule este contrato no sólo debe ser *efectiva* sino también *eficiente* desde la perspectiva conflictual. Para ello, este contrato debe regirse por la Ley del país de la residencia habitual del propietario y del arrendatario, puesto que, comporta, si cabe, costes conflictuales más reducidos para ambos particulares implicados. De un lado, el propietario del bien inmueble, aun cuando ostenta la nacionalidad española, conoce perfectamente el contenido del Derecho francés porque reside habitualmente en París. De otro lado, el arrendatario, nacional y residente habitual en Francia, también domina el contenido del Derecho francés porque es su Derecho. La Ley del país de la residencia habitual de ambos contratantes se corresponde con la Ley estatal que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. Es una Ley previsible para ambas partes contratantes que les comporta mínimos costes conflictuales. La cláusula de escape (art. 4.5 CR) se inspiraba en el principio de proximidad, lo que implicaba que las partes contratantes asumieran costes conflictuales razonables y no desproporcionados.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

660. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales ponía de manifiesto que, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes, la Ley aplicable a los contratos de arrendamiento de bien inmueble para fines de uso particular temporal por plazo no superior a seis meses consecutivos sería la Ley del país en el que el propietario tuviera su residencia habitual, siempre que el arrendatario fuere una persona física y tuviere su residencia habitual en el mismo país. E incluso más, la supresión de la cláusula de excepción trajo por consecuencia que, siempre y en todo caso y con independencia de las circunstancias que incidieren en el supuesto, la Ley del país en el que el propietario tuviera su residencia habitual sería la Ley que resultara aplicable al contrato de arrendamiento de bien inmueble para fines de uso particular temporal por plazo no superior a seis meses consecutivos.

661. Ejemplo. Un ciudadano italiano con residencia habitual en Roma es propietario de un bien inmueble situado en Alaska. El ciudadano romano celebra un contrato de arrendamiento de dicho bien inmueble con fines de uso personal temporal para un período de cinco meses consecutivos con otro sujeto italiano con residencia habitual en Florencia. El contrato no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que cualquiera de las partes incumpliere lo estipulado en el contrato, ¿Qué Ley debe resultar aplicable al mismo?

662. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que asumirá cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato.

Tabla núm: 29. Contrato de arrendamiento de un bien inmueble situado en Alaska. Análisis económico del criterio de la situación del bien inmueble en comparación con el criterio de la residencia habitual de ambas partes contratantes.

	Coste de aplicación de la Ley del país de situación del inmueble (Ley Alaska)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de ambos contratantes (Ley italiana) (Solución dada por la Propuesta)
Ciudadano romano	80	10
Ciudadano florentino	100	10
Total	= 180	= 20

663. La aplicación de la Ley del país de situación del inmueble al contrato de arrendamiento de bien inmueble con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos comporta costes conflictuales elevados para ambas partes contratantes. El ciudadano romano y el ciudadano florentino desconocen el contenido de la Ley de Alaska y, además, no están acostumbrados a contratar de conformidad con lo establecido en este Derecho. Por esta razón, es muy probable que ambos particulares implicados sacrifiquen su bienestar si el riesgo que asumen en la celebración del contrato internacional es muy alto. El ciudadano romano, propietario del bien inmueble situado en Alaska, soporta un coste conflictual menor que el ciudadano florentino, puesto que, el ciudadano romano conoce, al menos parcialmente, el contenido del Derecho de Alaska ya que tiene una propiedad inmueble en dicho Estado.

664. Por el contrario, la aplicación a este contrato de la Ley del país de la residencia habitual de ambas partes contratantes les comporta, a los dos, costes conflictuales mínimos. El ciudadano romano y el ciudadano florentino sufragarán costes mínimos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho italiano. En este supuesto, la Ley italiana se corresponde con la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. La Ley italiana es una Ley previsible para las partes que les comporta, a ambos, mínimos costes conflictuales. En este particular supuesto, la Propuesta conduce a una solución *eficiente* desde la perspectiva de la *eficiencia* conflictual, si bien, también asume el riesgo de no poder escapar a la Ley estatal designada por la norma de conflicto de leyes en el caso de que localice el contrato internacional en un Estado alejado del mismo.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

665. El Reglamento “Roma I” sujeta al contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes, a 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 (art. 4.1.d) Reg. Roma I). No obstante, si del conjunto de circunstancias particulares que concurren en el supuesto contractual se desprende *claramente* que éste presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con un país distinto del país donde el propietario tenga su residencia habitual, se regirá por la Ley del país con el que presente la vinculación *manifiestamente* más estrecha (art. 4.3 Reg. Roma I).

666. Ejemplo. Un ciudadano “A” con residencia habitual en España y propietario de un bien inmueble en Alemania, celebra un contrato de arrendamiento de dicho bien inmueble con fines de uso personal temporal para un período de tres meses consecutivos con otro sujeto “B” con residencia habitual en España. El contrato no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable por las partes. En el supuesto de que cualquiera de las partes incumpliere lo estipulado en el contrato, ¿Qué Ley debe resultar aplicable al mismo?

667. La tabla siguiente pone de manifiesto el coste de aplicación de la Ley que debe soportar cada parte contratante:

Tabla núm: 30. Contrato de arrendamiento de un bien inmueble entre sujetos residentes habituales en España. Análisis económico del criterio del lugar de situación del bien inmueble en comparación con el criterio de la residencia habitual de ambos particulares implicados y con el principio de proximidad.

	Coste de aplicación de la Ley del lugar de situación del inmueble (Ley alemana)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de ambos contratantes (Ley española) (art. 4.1.d) Reg. Roma I)
Ciudadano “A” (propietario)	80	10
Ciudadano “B” (arrendatario)	100	10
Total	= 180	= 20

668. La aplicación de la Ley del lugar de la situación del inmueble (Ley alemana) a este contrato comporta elevados costes conflictuales para ambas partes contratantes. La razón puede concretarse en la siguiente: el ciudadano “A” y el ciudadano “B” ignoran el contenido de la Ley alemana y, además, el Derecho alemán es un Derecho con el que no están habituados a contratar, por lo que, los dos contratantes deberán soportar costes muy elevados de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho alemán.

669. Sin embargo, la aplicación al contrato de arrendamiento de bien inmueble con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos de la Ley del país de residencia habitual de ambos particulares implicados, les comporta mínimos costes conflictuales. El ciudadano “A” y el ciudadano “B” asumen costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho español, puesto que, es su Derecho el que regula el contrato internacional. En este caso, la Ley española se corresponde con la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de celebración del contrato. La Ley española es una Ley previsible para las partes contratantes que les comporta costes conflictuales mínimos a ambos. En sintonía con ello, el punto de conexión contenido en el art. 4.1.d) Reg. Roma I – Ley del país de la residencia habitual de ambas partes contratantes – también debería extenderse, con objeto de alcanzar una solución *eficiente* desde la perspectiva conflictual en la esfera de la contratación internacional, a los arrendamientos de bienes inmuebles de larga duración.

670. El sistema actual, de conformidad con lo indicado, tiene su fundamento en el Reglamento “Roma I” cuyo contenido pone de relieve que el contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso temporal personal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la Ley del país donde su propietario tenga la residencia habitual siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país (art. 4.1.d) Reg. Roma I). En este supuesto, la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1.d) Reg. Roma I se inspira en el principio de proximidad⁶²². La Ley del país de la residencia habitual de ambos particulares implicados se corresponde con la Ley del país más vinculado con este contrato. En definitiva, la Ley del país de la residencia habitual de ambas partes contratantes se corresponde con la Ley del país más estrechamente vinculada con la situación jurídica.

671. En conclusión, el punto de conexión “Ley del país donde su propietario tenga la residencia habitual” siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país contenido en la norma de conflicto de leyes del art. 4.1.d) Reg. Roma I respecto de los contratos de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso temporal personal para un período máximo de seis meses consecutivos supera el *test de eficiencia*. La Ley aplicable a este contrato se corresponde con una Ley previsible para las partes contratantes, la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. La Ley del país donde el propietario de bien inmueble tenga la residencia habitual siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país constituye una Ley previsible para ambas partes contratantes que les comporta costes conflictuales reducidos a ambos particulares implicados. La Ley del país de la residencia habitual del propietario y del arrendatario se corresponde con la Ley que presenta los vínculos más estrechos con el contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso temporal personal para un período máximo de seis meses consecutivos.

F) Contrato de franquicia (art. 4.1.e) Reg. Roma I): Ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual

a) Aspectos generales del contrato de franquicia⁶²³

672. El contrato de franquicia es “el acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la

⁶²² S. FRANQ, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 40-69.

⁶²³ I. GIMÉNEZ GARCÍA, “El contrato de franquicia: cuestiones generales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 21, 2006, pp. 375-410; E. J. LÁZARO SÁNCHEZ, “El contrato de franquicia (aspectos básicos)” *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n° 18, 2000, pp. 91-116; A. LOZANO RAMÍREZ, “El contrato de franquicia”, *Anuario jurídico y económico escorialense*, n° 31, 1998, pp. 369-394; A. ORTEGA JIMÉNEZ, “El contrato de franquicia internacional”, *Juris: Actualidad jurídica y práctica del derecho*, n° 30, 2008, pp. 44-50; A. M. TOBÍO RIVAS, “El contrato de franquicia en el Derecho comunitario de la competencia”, *Actas de derecho industrial y de derecho de autor*, tomo 12, 1987-1988, pp. 217-258; R. J. VÁZQUEZ GARCÍA, “El contrato de franquicia, propiedad industrial y competencia económica” en *Derecho de la Propiedad Industrial: Jornadas sobre Derecho de la Propiedad Industrial*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Córdoba, 1993, pp. 219-260.

explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios” (art. 62 Ley 7/1996⁶²⁴).

673. En sintonía con ello, la celebración de un contrato de franquicia⁶²⁵ implica para el franquiciador, que es titular de una marca, patente, método o técnica de fabricación o actividad industrial y comercial con notable prestigio mercantil, la cesión de la explotación de la franquicia a favor del franquiciado. En otras palabras, el franquiciado tiene derecho a comercializar con dichos productos o servicios, a utilizar la denominación o rótulo común en sus locales o medios de transporte, a conocer la técnica dirigida a la explotación del negocio y a obtener la asistencia comercial o técnica del franquiciador durante la vigencia de la relación jurídica. Ahora bien, el franquiciado tiene la obligación de realizar la actividad exigida para la explotación de la franquicia, por un tiempo y en un espacio determinado, bajo ciertas condiciones de control y con la diligencia debida, a cambio de una prestación económica. La contraprestación dineraria suele consistir en una cantidad o canon inicial (*Entry Fee*), al que se le añaden pagos sucesivos cuyo importe se fija en consideración a las ventas realizadas (*Royalties*)⁶²⁶.

674. ¿Cuál es la caracterización jurídica que presenta el contrato de franquicia?⁶²⁷ La doctrina se halla dividida respecto de la caracterización jurídica que presenta el contrato de franquicia:

El contrato de franquicia puede encajar con un *contrato de colaboración*. El franquiciado colabora con el franquiciador en la explotación de la franquicia, puesto que, el franquiciado actúa en beneficio propio pero también en interés del franquiciador. Sin embargo, la *cooperación* que caracteriza a los contratos de colaboración ha de estimarse *jurídicamente relevante*. La colaboración constituye una actuación por cuenta de otro con eficacia en la esfera jurídica del interesado y *amenidad* del colaborador en cuanto al resultado⁶²⁸.

El contrato de franquicia puede pertenecer al *contrato de concesión comercial*⁶²⁹. Sin embargo, el contrato de franquicia y el contrato de concesión comercial realizan una función *socio-económica* distinta⁶³⁰: el contrato de concesión

⁶²⁴ El art. 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista se explica en el R. D. 2485/1998 de 13 de noviembre, y es modificado por el R. D. 419/2006 de 7 de abril.

⁶²⁵ F. SÁNCHEZ CALERO / J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 29ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 236.

⁶²⁶ A. DURÁN AYAGO, “Contratos internacionales de distribución” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Curso de contratación internacional*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2006, pp. 415-419.

⁶²⁷ El autor E. J. LÁZARO SÁNCHEZ, “El Contrato de Franquicia (Aspectos Básicos)”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 18, 2000, pp. 91-116, esp. pp. 100 y ss. pone de manifiesto la caracterización jurídica del contrato de franquicia.

⁶²⁸ J. L. LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, vol. II, 2ª edición, Bosch, Barcelona 1986, p. 317.

⁶²⁹ J. F. AGUILO PIÑA, “Consideraciones sobre el contrato de franquicia”, *RGD*, n.º 507, 1985, pp. 4807-4842, esp. p. 4811.

⁶³⁰ R. ALONSO SOTO, “Contratos de distribución comercial” en R. URÍA / A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 167-221, esp. p. 193.

comercial tiene por objeto la promoción comercial y la reventa por parte del concesionario de los productos que le ha suministrado el concedente (*causa vendendi*), mientras que, la franquicia constituye una cesión de utilización y de explotación del modelo de empresa del franquiciador a cambio de la prestación económica que satisfará el franquiciado.

El contrato de franquicia puede coincidir con una *licencia de explotación de bienes inmateriales*. Dicha afirmación queda respaldada por la consideración siguiente⁶³¹: las licencias de explotación de derechos sobre bienes inmateriales constituyen una cesión limitada, temporal y contextual, de las facultades de explotación de los bienes inmateriales, a cambio de la percepción de una contraprestación. En este sentido, si la cesión de los bienes inmateriales se realiza en el marco genérico de un contrato de franquicia, la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado será aplicable al contrato (art. 4.1.e) Reg. Roma I). No obstante, si la misma cesión tiene lugar al margen de un contrato de franquicia, el contrato se regirá por la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I). El contrato se regulará por la Ley del país de la residencia habitual del cedente de los bienes inmateriales⁶³².

El contrato de franquicia puede constituir un *contrato mixto*⁶³³, puesto que, contiene prestaciones jurídicas propias de otros contratos. Por esta razón, la caracterización jurídica del contrato de franquicia deberá precisarse en atención a los regímenes disciplinarios de tales prestaciones.

675. Los tipos de contratos de franquicia cubiertos por el art. 4.1.e) Reg. Roma I son, principalmente y, entre otros, los siguientes⁶³⁴: 1º) *Contrato de franquicia de distribución*. El franquiciado vende los productos fabricados por el franquiciador en un establecimiento que dispone de los signos distintivos de dicho franquiciador. En este sentido, el contrato de franquicia de distribución es un contrato que tiene por objeto la venta de bienes utilizando el nombre comercial y la marca del franquiciador. 2º) *Contrato de franquicia de servicios*. El franquiciado ofrece sus propios servicios pero emplea el nombre comercial y/o las marcas propias del franquiciador y sigue las pautas comerciales marcadas por el franquiciador. En otras palabras, el contrato de franquicia de servicios tiene por objeto la oferta de servicios, por parte del franquiciado, bajo el nombre comercial y la marca del franquiciador. 3º) *Contrato de franquicia de producción*. El franquiciado produce por sí mismo ciertos productos que vende bajo la marca del franquiciador y que elabora con arreglo a las instrucciones y materiales que puede suministrarle el franquiciador. En consecuencia, el franquiciado fabrica los bienes tomando en consideración las instrucciones del titular y, posteriormente, vende esos bienes bajo el nombre comercial y la marca del franquiciador. 4º) *Contrato de*

⁶³¹ J. ALFARO ÁGUILA- REAL, “Franchising”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 3153-3158, esp. p. 3154.

⁶³² P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, vol. XCVII, n° 4, 2008, pp. 727-780.

⁶³³ E. GALLEGO SÁNCHEZ, *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991, p. 79; J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, *El contrato de franquicia*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1995, p. 107; A. HERNANDO JIMÉNEZ, *El contrato de franquicia de empresa*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 550 y ss.

⁶³⁴ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, 2011-2012, Comares, Granada, p. 698.

franquicia principal. El contrato de franquicia principal es un contrato por el que el franquiciador otorga al franquiciado principal el derecho de concluir acuerdos de franquicia para con terceros franquiciados (art. 2.c) Reglamento 4087/88).

b) Test de *eficiencia* de los puntos de conexión previstos para el contrato de franquicia

676. El contrato de franquicia se regirá por una Ley distinta en función del instrumento jurídico que se tome como referente: el Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales o el Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales “Roma I”.

1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

677. El Convenio de Roma señaló que, en ausencia de elección de Ley aplicable al contrato de franquicia por las partes implicadas, éste se regirá por la Ley del país con la que el contrato presentara los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). En este sentido, el Juez debería contar y pesar todos los contactos que el contrato de franquicia presentara con los distintos países para determinar cuál debía ser la Ley aplicable al mismo. Ahora bien, el Convenio de Roma presumía que el contrato de franquicia presentaba los vínculos más estrechos con el país en el que la parte que debiera realizar la prestación característica del contrato tuviera, en el momento de su celebración, su residencia habitual (art. 4.2 CR).

678. En este sentido, ¿Cuál es la parte que realiza la prestación característica en el contrato de franquicia? Las obligaciones del franquiciado pueden concretarse, entre otras, en las siguientes⁶³⁵: 1º) Explotación de la franquicia de conformidad con lo estipulado en el contrato y según las instrucciones que le proporcione el franquiciador. En sintonía con ello, el franquiciado no dispone de la facultad de modificar el régimen de explotación de la franquicia a menos que obtenga el consentimiento del franquiciador. 2º) Devolución de la empresa franquiciada en los términos estipulados en el contrato. 3º) Obligación de secreto respecto al contenido del “paquete de franquicia”. 4º) Obligación de no competir con el franquiciador. La obligación de no competir consiste en el establecimiento en el contrato de una cláusula por la que el franquiciado se compromete a utilizar y explotar los productos o servicios ofertables en el establecimiento o con impedimento de desarrollar el mismo género de comercio objeto de la franquicia, incluso tras la extinción del contrato. 5º) Pago de los cánones establecidos en el contrato. El franquiciado deberá asumir también el precio de las materias primas, mercancías o productos suministrados por el franquiciador. 6º) Con carácter eventual, el franquiciado puede quedar obligado al *aprovisionamiento exclusivo* por el franquiciador, o proveedores autorizados por él, de materias primas, productos o

⁶³⁵ E. J. LÁZARO SÁNCHEZ, “El Contrato de Franquicia (Aspectos Básicos)”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 18, 2000, pp. 91-116, esp. pp. 106 y ss.

bienes de equipo, cuando sólo éstos puedan suministrar las imprescindibles para mantener la imagen común y el prestigio de la red de franquicia⁶³⁶.

679. Y las obligaciones que debe cumplir el franquiciador consisten, fundamentalmente, en lo siguiente⁶³⁷: 1º) Puesta a disposición del franquiciado del “paquete de franquicia”. El franquiciador entregará las artes dirigidas a la reproducción de los signos distintivos y la transmisión del *know-how* inicial a través de la concesión del manual operativo de la franquicia y la prestación de la asistencia primera prevista en el propio contrato a tal fin. 2º) Obligación de orientación y asesoramiento continuo. El franquiciador deberá informar al franquiciado de la situación del mercado en el que se desarrolla la franquicia, y, en particular, deberá darle a conocer las modificaciones que se realicen en la estrategia comercial de la red de franquicia. 3º) Garantía de la existencia y legitimidad de las facultades concedidas. El franquiciador garantizará que las facultades de explotación de la franquicia existen y le pertenecen al tiempo de celebración del contrato. 4º) Mantenimiento del valor del paquete de franquicia. El franquiciador deberá realizar las actividades de la empresa que son objeto de publicidad con la finalidad de mantener el prestigio de la empresa franquiciada. 5º) Y, en su caso, obligación de aprovisionamiento al franquiciado.

680. La determinación de la parte contratante que realiza la prestación característica en el contrato internacional de franquicia resulta imposible, puesto que, el contrato de franquicia carece de prestación característica. En consecuencia, el Convenio de Roma puso de manifiesto que los contratos que carecieran de prestación característica, como era el caso del contrato de franquicia, se regirían por la Ley del país con la que presentaran los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR).

681. Ejemplo. La empresa VENEC con sede en Italia (franquiciador) cede una franquicia en el sector hostelero a la empresa BRUSEL con sede en Bélgica (franquiciado) con objeto de que la empresa belga explote la franquicia en Francia. El contrato de franquicia no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable por las partes. En el supuesto de que una de las partes incumpliera lo establecido en el contrato de franquicia, ¿Qué Ley resultará aplicable al mismo?

682. La tabla siguiente pone de relieve los costes conflictuales que asume cada parte contratante en función de la Ley aplicable al contrato.

⁶³⁶ R. ALONSO SOTO, “Contratos de distribución comercial” en R. URÍA / A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 167-221, esp. p. 197.

⁶³⁷ E. J. LÁZARO SÁNCHEZ, “El Contrato de Franquicia (Aspectos Básicos)”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 18, 2000, pp. 91-116, esp. pp. 106 y ss.

Tabla núm: 31. Contrato de franquicia entre empresa italiana y empresa belga. Análisis económico del principio de proximidad en comparación con el criterio de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del franquiciador (Ley italiana) (¿art. 4.2 CR?)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado (Ley belga) (¿art. 4.2 CR?)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de explotación de la franquicia (Ley francesa) (art. 4.5 CR)
Empresa VENEC	10	90	70
Empresa BRUSEL	90	10	70
Total	= 100	= 100	= 140

683. La aplicación al contrato de franquicia de la Ley del país de la residencia habitual del franquiciador (Ley italiana) comporta costes conflictuales reducidos para una sola de las partes contratantes: la empresa franquiciadora. La empresa VENEC asume mínimos costes de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho italiano, puesto que, conoce perfectamente el Derecho italiano y está acostumbrada a contratar con él. El Derecho italiano es un Derecho que forma parte de la esfera de dominio legal de la empresa VENEC. No obstante, la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del franquiciador (Ley italiana) al contrato de franquicia genera costes conflictuales muy elevados para la empresa franquiciada. La empresa BRUSEL ignora el contenido de la Ley italiana y, además, no está acostumbrada a contratar con él. Por esta razón, la aplicación de la Ley italiana al contrato de franquicia implica costes muy elevados de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho italiano.

684. En el mismo sentido y por motivos similares, la aplicación al contrato de franquicia de la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado (Ley belga) pone de relieve la misma situación, si bien, en este caso, será la empresa BRUSEL la que tenga que soportar costes conflictuales reducidos, mientras que, la empresa VENEC deberá sufragar costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a la Ley belga.

685. Ahora bien, la aplicación al contrato de franquicia de la Ley del país del lugar de explotación de la franquicia comporta costes conflictuales eficientemente distribuidos para ambas partes contratantes. La Ley del lugar de explotación de la franquicia se corresponde con la Ley del país que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. La Ley francesa resulta una Ley previsible para ambos particulares implicados que les comporta costes conflictuales reducidos a ambos. La Ley del lugar de explotación de la franquicia es una Ley que forma parte de la esfera de dominio legal de ambas partes contratantes.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

686. El contrato de franquicia, de conformidad con lo que afirmó la Propuesta presentada por la Comisión, se regía por la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado, puesto que, la posición del franquiciado constituye la parte débil de la relación jurídica. Ahora bien, el franquiciado no siempre tiene que encajar en el perfil

de la parte débil de la relación jurídica, ya que, ambos particulares implicados, franquiciado y franquiciador quedan vinculados al ejercicio de una pluralidad de obligaciones complejas. Y, además, la erradicación de la cláusula de excepción en la Propuesta sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales implicó que el contrato de franquicia se rigiera, sin excepción, por la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado.

687. Ejemplo. La empresa SEVILL con sede en España (franquiciador) cede una franquicia en el sector informático a la empresa OPORT con sede en Portugal (franquiciado) con objeto de que la empresa portuguesa explote la franquicia en Alemania. El contrato de franquicia no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable por las partes. En el supuesto de que una de las partes incumpliera lo establecido en el contrato de franquicia, ¿Qué Ley resulta aplicable al mismo?

688. La tabla siguiente pone de manifiesto el coste conflictual que debe soportar cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato.

Tabla núm: 32. Contrato de franquicia entre empresa española y empresa portuguesa. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de la parte débil del contrato en comparación con el criterio del lugar de explotación de la franquicia.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del franquiciador (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado (Ley portuguesa) (Solución dada por la Propuesta)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de explotación de la franquicia (Ley Alemana)
Empresa SEVILL	10	90	70
Empresa OPORT	90	10	70
Total	= 100	= 100	= 140

689. La aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de cualquiera de las partes intervinientes en el contrato de franquicia genera costes conflictuales muy reducidos para la parte contratante que ve aplicado su Derecho, si bien, también comporta costes conflictuales muy elevados para su contraparte. Por esta razón, la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de cualquiera de las partes intervinientes en el contrato de franquicia no se corresponde con una Ley estatal previsible para ambas partes contratantes. La aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de cualquiera de las partes intervinientes en el contrato de franquicia pone de relieve una distribución desproporcionada e *ineficiente* de los costes conflictuales que implica un beneficio o un perjuicio caprichoso para uno solo de los particulares implicados.

690. Sin embargo, la Ley del país del lugar de explotación de la franquicia comporta, en este supuesto, costes conflictuales medios y equitativamente distribuidos entre ambos particulares implicados, lo que supone que esta Ley localiza eficientemente el contrato en el país con el que presenta los vínculos más estrechos. El franquiciado y el franquiciador ven aplicado al contrato de franquicia una Ley que se encuentra dentro de la esfera de dominio legal de ambos. Ambas partes contratantes son conscientes de que el Derecho alemán puede resultar aplicable al contrato de franquicia, puesto que, es

un Derecho que conocen y, además, es el lugar donde se va a llevar a cabo la explotación de la franquicia en cumplimiento de lo dispuesto en el contrato. No obstante, la Propuesta no permitía, en este asunto, alcanzar una solución *eficiente* desde el punto de vista *económico – conflictual* porque el Juez no disponía de un margen de maniobra concretado en la posibilidad de aplicar a este contrato de franquicia la Ley del país con la que presentaba los lazos más estrechos.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

691. El Reglamento “Roma I” pone de manifiesto que, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes contratantes, el contrato de franquicia se regirá por la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado (art. 4.1.e) Reg. Roma I), a menos que, del contrato se desprenda *claramente* que el mismo presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con un Estado distinto del país de la residencia habitual del franquiciado (art. 4.3 Reg. Roma I).

692. Ejemplo. La empresa JOIRS con sede en Francia (franquiciador) cede una franquicia en el sector discográfico a la empresa WEINUS con sede en Alemania (franquiciado) con la finalidad de que la empresa alemana explote la franquicia en España. El contrato de franquicia no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable por las partes. En el supuesto de que una de las partes incumpliera lo establecido en el contrato de franquicia, ¿Qué Ley resulta aplicable al mismo?

693. La tabla siguiente pone de relieve los costes conflictuales que debe asumir cada parte contratante respecto de la aplicación de una u otra Ley al contrato de franquicia.

Tabla núm: 33. Contrato de franquicia entre empresa francesa y empresa alemana. Análisis económico del criterio de la sede de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de explotación de la franquicia.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede del franquiciador (Ley francesa)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede del franquiciado (Ley alemana) (art. 4.1.e) Reg. Roma I)	Coste de aplicación de la Ley del país de explotación de la franquicia (Ley española)
Empresa “JOIRS” (Francesa)	10	90	70
Empresa “WEINUS” (Alemana)	90	10	70
Total	= 100	= 100	= 140

694. En el caso de que este contrato de franquicia se rija por la Ley del país de la sede de cualquiera de las empresas contratantes, el resultado conflictual que obtienen ambos particulares implicados es *efectivo pero ineficiente*. La empresa cuyo Derecho resulte aplicable al contrato – francés o alemán – asumirá costes conflictuales mínimos, mientras que, la contraparte sufragará costes muy elevados de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho regulador del contrato internacional de franquicia. En este asunto, el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1.e) Reg. Roma I – Ley de la residencia

habitual del franquiciado – no proporciona una solución “neutra” que beneficie a ambos particulares implicados y facilite y potencie la celebración de éste y de próximos contratos internacionales entre ellos.

695. Sin embargo, la aplicación a este contrato de la Ley del país de explotación de la franquicia comporta, en este supuesto, costes conflictuales medios, si bien, eficientemente distribuidos para ambas partes contratantes. La empresa con sede en Francia – “JOIRS” – tiene conocimiento de que la empresa con sede en Alemania – “WEINUS” – va a llevar a cabo la explotación de la franquicia en España. Y la empresa con sede en Alemania dirige la actividad de la explotación a España. Por estas razones, la Ley española constituye una Ley que forma parte de la esfera de dominio legal de los dos y que se halla en la mente de los contratantes en el momento de celebración del contrato. Una Ley que resulta previsible para ambos particulares implicados aunque el coste total que asumen los dos resulta superior al que sufragarían en el caso de que su Derecho regulara el contrato, si bien, también es inferior al que soportarían en el caso de que el Derecho de la contraparte rigiera el mismo contrato. En definitiva, la aplicación de la Ley del país de la explotación de la franquicia se corresponde, en este supuesto, con la Ley que presenta los vínculos más estrechos con el contrato y con la Ley que les comporta costes conflictuales medios a ambas partes contratantes.

696. Ahora bien, la norma de conflicto de leyes aplicable al contrato de franquicia emplea el punto de conexión “Ley del país de la residencia habitual del franquiciado” (art. 4.1.e) Reg. Roma I). En sintonía con ello, ¿Conduce la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado a un resultado *eficiente* para ambas partes contratantes? Por una parte, no existe ninguna razón que justifique la inclinación favorable del legislador respecto del franquiciado. El contrato de franquicia es un contrato que carece de prestación característica. Las prestaciones que lleva a cabo el franquiciador y las prestaciones que realiza el franquiciado presentan igual complejidad y todas son necesarias para cumplir el objeto previsto en el contrato de franquicia.

697. Por otra parte, la aplicación al contrato internacional de franquicia de la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado favorece caprichosamente a una de las partes contratantes, la empresa franquiciada, y perjudica notoriamente a la contraparte, la empresa franquiciadora. La parte favorecida en el contrato de franquicia será aquella que vea aplicado su Derecho, en la medida en que no tendrá que sufragar costes de información y de adaptación a la Ley de ningún Estado. El perjuicio irracional a una de las partes contratantes pone en peligro la celebración del contrato internacional. En otras palabras, la distribución *ineficiente* de los costes conflictuales entre ambos particulares implicados dificultará la celebración de contratos internacionales en la UE.

698. En este sentido, en el supuesto de que el contrato de franquicia establezca circunstancias de las que se desprenda *claramente* que el contrato de franquicia presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con un país distinto del lugar de la residencia habitual del franquiciado, se aplicará la Ley del país más estrechamente vinculado. Ahora bien, la puesta en marcha de la cláusula de excepción (art. 4.3 Reg. Roma I) reivindica, que el contrato presente más y más intensos vínculos con un país distinto de los que presenta con el país de la residencia habitual del franquiciado (art. 4.1.e) Reg. Roma I), y además, que los vínculos entre el contrato y el país determinado sean “*manifiestamente más estrechos*” que los que presenta con el país de la residencia

habitual del franquiciado y que se desprenda “claramente” del conjunto de circunstancias, que el contrato de franquicia presenta vínculos manifiestamente más estrechos con ese país. En consecuencia, la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I no resultará aplicable salvo en los supuestos en los que la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado presente una vinculación formal y aparente con el contrato de franquicia.

699. En conclusión, la Ley aplicable al contrato de franquicia designada por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1.e) Reg. Roma I, que se corresponde con la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado, no supera el *test de eficiencia*. La aplicación al contrato de franquicia de la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado genera un intercambio internacional *ineficiente*, un intercambio internacional muy caro para ambos particulares implicados que implica una asignación *ineficiente* del coste conflictual. La Ley del país de la residencia habitual del franquiciado favorece caprichosamente a la empresa franquiciada, lo que implica, que la empresa franquiciadora asuma costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento a la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado. E incluso más, la compleja aplicación de la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I inspirada en el principio de proximidad, dificulta la precisión de la Ley que presente los vínculos más estrechos con el contrato de franquicia.

G) Contrato de distribución (art. 4.1.f) Reg. Roma I): Ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual

a) Aspectos generales del contrato de distribución⁶³⁸

700. El contrato de distribución constituye un acuerdo por el que una de las partes, denominada distribuidor, queda obligado a adquirir de la otra parte, llamada distribuido, mercaderías con objeto de colocarlas posteriormente en el mercado, por cuenta y riesgo propio, y establece un beneficio o margen de reventa en concepto de contraprestación de la intermediación. En este sentido, el distribuidor actúa como persona física o jurídica independiente de la empresa fabricante.

701. La determinación de la naturaleza jurídica del contrato de distribución resulta compleja. En este sentido, el contrato de distribución pertenece a la categoría genérica de “contratos internacionales de distribución” o también denominados “contratos de colaboración”. En sintonía con ello, el contrato de distribución puede presentar distintas relaciones jurídicas⁶³⁹: en un primer momento, el fabricante

⁶³⁸ H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, nº 1, 2009, pp. 19-35; R. J. ALONSO SOTO, “Contratos de distribución comercial y defensa de la competencia”, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 21, 2006, pp. 161-200; A. BONET NAVARRO, “Contrato de distribución y venta exclusiva”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 10, 1986, pp. 3487-3500; A. ORTEGA GIMÉNEZ, “El contrato de concesión o distribución comercial internacional”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 128, 2008, pp. 55-60; E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, “El contrato de distribución y de distribución exclusiva”, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 21, 2006, pp. 123-160.

⁶³⁹ H. VAN HOUTTE, *The Law of International Trade*, 2nd edition, Sweet & Maxwell, Londres, 2002, pp. 180-181.

suministra las mercaderías estipuladas en el contrato al distribuidor, es lo que se denomina acuerdo de suministro. Posteriormente, el distribuidor adquirirá las mercaderías al fabricante, a partir de un acuerdo de compraventa y, en último lugar, el fabricante permite al distribuidor la reventa de sus mercaderías a terceros de conformidad con lo establecido en el contrato, que se corresponde con una concesión de venta.

702. Los tipos contractuales cubiertos por el concepto “contrato de distribución”, empleado por el art. 4 Reg. Roma I, son, principalmente, los siguientes⁶⁴⁰: 1º) *Contrato de concesión mercantil, concesión de exclusiva o distribución exclusiva y contrato de concesión mercantil no exclusiva*. Un empresario, denominado concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia, queda obligado a adquirir mercaderías de una determinada marca a otro empresario, llamado concedente. En el supuesto de que el contrato contemple una cláusula de exclusividad, el concesionario ostenta el derecho de revenderlas en exclusiva, normalmente en una zona geográfica determinada y durante un tiempo concreto y, además, ofertará servicios de postventa, bajo la supervisión y con la asistencia del concedente. 2º) *Contrato de “licencia cinematográfica”*. El productor cede los derechos de explotación que ha adquirido a los autores al “distribuidor cinematográfico” o concesionario y, con frecuencia, de manera limitada, es decir, sólo para ciertos países y/o para un determinado período de tiempo. 3º) *Contrato estimatorio*. Una persona, denominada *tradens*, entrega a otra, llamada *accipiens* o consignatario, una cosa mueble con el encargo de venderla. Con posterioridad, en el momento pactado, el consignatario queda obligado a entregar al *tradens* el valor estimado de las cosas vendidas a terceros y a devolverle también las cosas no vendidas.

703. Sin embargo, no se encuentran cubiertos por el término “contrato de distribución” ni los contratos de comisión, ni los contratos de agencia, ni tampoco los contratos de mediación o corretaje, puesto que, tales contratos forman parte de los contratos de prestación de servicios.

b) Test de eficiencia de los puntos de conexión previstos para el contrato de distribución

704. El contrato de distribución se regirá por una Ley estatal distinta en función del instrumento jurídico que resulte aplicable: el Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales o el Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales “Roma I”.

1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

705. El contrato de distribución, según lo que disponía el Convenio de Roma y en el caso de que los particulares implicados no eligieran la Ley aplicable al mismo, se

⁶⁴⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 699-700 exponen los tipos de contratos que pueden incluirse y los que quedan excluidos del concepto “contrato de distribución”.

regulaba por la Ley del país con la que el contrato presentaba los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). El Convenio de Roma señaló que el contrato de distribución presentaba los vínculos más estrechos con el país en el que la parte que debiera realizar la prestación característica del contrato tuviere, en el momento de su celebración, su residencia habitual (art. 4.2 CR).

706. En este sentido, ¿Quién es la parte que realiza la prestación característica en el contrato de distribución? El distribuidor tiene, entre otras obligaciones, las siguientes: pagar el precio de las mercaderías adquiridas al distribuido en el plazo estipulado y de conformidad con lo establecido en el contrato de distribución, realizar la actividad publicitaria, organizar la estructura empresarial con objeto de facilitar la colocación de los bienes en el mercado, posibilitar al distribuido el control y la fiscalización de la estructura empresarial, mantener un *stock* de mercaderías de conformidad con lo estipulado en el contrato y realizar un estudio de mercado. Además, eventualmente, en el supuesto de que en el contrato se pactara la exclusividad entre ambos contratantes, el distribuidor queda obligado a no adquirir de terceros los bienes fabricados por el distribuido y a no promocionar su actividad o vender las mercaderías adquiridas fuera de la zona de exclusividad.

707. Las obligaciones del distribuido pueden concretarse, entre otras, en las siguientes: entregar las mercaderías al distribuidor de conformidad con las condiciones establecidas en el contrato de distribución, informar al distribuidor de la variación de los precios de las mercaderías y realizar la promoción publicitaria de la actividad distributiva. Además, en el supuesto de que se pactare exclusividad en el contrato de distribución, el distribuido no debe realizar por sí mismo ni a través de terceros actividades de distribución en la zona del distribuidor.

708. El contrato de distribución produce el síndrome de la “*lucha por la prestación característica*”⁶⁴¹. ¿Cuál es la prestación que caracteriza el contrato de distribución? Algunos autores afirman que la prestación característica en el contrato de distribución se corresponde con la prestación que encaja con los fines económicos perseguidos por las partes contratantes⁶⁴². Sin embargo, resulta imposible determinar la prestación característica en el contrato de distribución, puesto que, tanto el distribuidor como el distribuido llevan a cabo una pluralidad de obligaciones complejas. Por esta razón, algunos autores⁶⁴³ consideraron que la presunción de la prestación característica contenida en el art. 4.2 CR sólo estaba prevista para aquellos contratos que tenían por objeto un *intercambio simple de cosa o actividad por dinero*⁶⁴⁴. En consecuencia, la

⁶⁴¹ H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, “Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention”, *AJCL*, vol. XXV, 1977, pp. 303-331.

⁶⁴² M. VIRGÓS SORIANO, “La Ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5303.

⁶⁴³ T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª edizione, Cedam, Padova, 1999, p. 609; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 295; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 334-336.

⁶⁴⁴ M. GIULIANO / P. LAGARDE, « Informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales », [DOCE, núm. 327 de fecha 11 diciembre 1992], p. 19.

presunción de la prestación característica no operaría respecto de aquellos contratos que suscitaran serias dudas acerca de cuál era la prestación que caracterizaba el contrato. En el caso de que no pudiera determinarse quién era la parte contratante que realizaba la prestación característica en el contrato de distribución, éste se regiría por la Ley del país con el que el contrato de distribución presentara los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR).

709. Ejemplo. La empresa A, con sede en Italia (*fabricante*), acuerda con la empresa B, con sede en Berlín, la distribución comercial de sus productos en Bélgica. El contrato de distribución no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Cuál es la Ley que resulta aplicable al contrato de distribución?

710. La tabla siguiente pone de manifiesto los costes conflictuales que asumirá cada parte contratante en atención a la Ley que resulte aplicable al contrato de distribución.

Tabla núm: 34. Contrato de distribución comercial entre empresa italiana y empresa alemana. Análisis económico del principio de proximidad en comparación con el criterio presuntivo de la residencia habitual del prestador característico.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor (Ley italiana) (¿art. 4.2 CR?)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del distribuido (Ley alemana) (¿art. 4.2 CR?)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de distribución (Ley belga) (art. 4.5 CR)
Empresa A (Italiana)	10	90	70
Empresa B (Alemana)	90	10	70
Total	= 100	= 100	= 140

711. La aplicación al contrato de distribución de la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor solamente favorece a una de las partes contratantes: la empresa distribuidora. En consonancia con ello, la empresa italiana asume mínimos costes conflictuales, puesto que, se aplica su Derecho al contrato de distribución. Sin embargo, la aplicación de la misma Ley estatal al mismo contrato de distribución perjudica a la contraparte – la empresa distribuida –. Por esta razón, la empresa alemana soportará costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho italiano, puesto que, es un Derecho cuyo contenido es desconocido para la empresa alemana y con el cual no suele contratar.

712. La misma situación tiene lugar en el supuesto de que el contrato de distribución se rija por la Ley del país de la residencia habitual del distribuido, puesto que, esta Ley estatal únicamente pertenece a la esfera de dominio legal de una de las partes contratantes. En síntesis, no existe ninguna razón, ni jurídica ni económica, por la que se pueda afirmar y argumentar que las prestaciones que lleva a cabo el fabricante se corresponden con la prestación característica del contrato de distribución, ni tampoco resulta posible demostrar que las prestaciones que realiza el distribuidor coinciden con la prestación característica en el contrato de distribución.

713. La aplicación de la Ley del país del lugar de la distribución comporta costes conflictuales eficientemente distribuidos para ambas partes contratantes. Por una parte, el fabricante es consciente de que la Ley belga puede resultar aplicable a las controversias derivadas del contrato de distribución, puesto que, el mismo contrato exige que la distribución se lleve a cabo en Bélgica. Por otra parte, el distribuidor también es consciente de que la Ley belga puede regir el contrato de distribución, puesto que, éste pone de manifiesto que la actividad de distribución se realizará en Bélgica. En definitiva, la Ley belga se corresponde con la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. La Ley belga constituye una Ley previsible para las partes contratantes que les comporta costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos.

714. En este caso, no resultaría conveniente que operara la presunción de la prestación característica (art. 4.2 CR), puesto que, no se desprende del contrato de distribución comercial cuál es la prestación que lo caracteriza. En sintonía con ello, el Convenio de Roma permitía desvirtuar la presunción, la cual, cedería a favor de la Ley del país más estrechamente vinculado con este contrato internacional de distribución comercial (art. 4.5 CR).

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

715. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales puso de manifiesto que cualquier asunto contractual que fuera calificado como contrato de distribución, se regiría por la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor, puesto que, la posición de éste constituye la parte débil de la relación jurídica. No obstante, resulta muy probable que el distribuidor no siempre coincida con la parte débil de esa relación jurídica, ya que, ambos particulares implicados, distribuido y distribuidor llevan a cabo una pluralidad de obligaciones complejas.

716. Ejemplo. La empresa A, con sede en Lisboa (*fabricante*), celebra un contrato en Francia con la empresa B, con sede en España, por el que acuerda la distribución exclusiva de sus productos en Francia. El contrato de distribución no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Cuál es la Ley que resulta aplicable al contrato de distribución?

717. La tabla siguiente pone de relieve los costes conflictuales que asumirá cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato de distribución.

Tabla núm: 35. Contrato de distribución exclusiva. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de la parte débil en el contrato en comparación con el criterio del lugar de celebración y ejecución del contrato.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor (Ley española) (Solución dada por la Propuesta)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del distribuido (Ley portuguesa)	Coste de aplicación de la Ley del país de celebración y ejecución del contrato (Ley francesa)
Empresa A (Portuguesa)	90	10	70
Empresa B (Española)	10	90	70
Total	= 100	= 100	= 140

718. La aplicación al contrato de distribución de la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor (Ley española) comporta costes conflictuales muy reducidos para la empresa distribuidora, puesto que, el Derecho español forma parte de la esfera de dominio legal de la empresa española. Sin embargo, la aplicación al contrato de distribución de la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor genera costes conflictuales muy elevados para la empresa distribuida, puesto que, tal Derecho no forma parte de la esfera de dominio legal de la empresa portuguesa. En el mismo sentido, la aplicación al contrato de distribución de la Ley del país de la residencia habitual del distribuido (Ley portuguesa) presenta una situación similar.

719. No obstante, si este contrato de distribución se regula por la Ley del país en el que se lleva a cabo la celebración del contrato y la distribución de la mercadería, los particulares implicados asumirán costes conflictuales medios y eficientemente distribuidos para ambas partes contratantes. De un lado, la empresa fabricante es consciente de que la Ley francesa puede resultar aplicable al contrato de distribución, puesto que, el contrato establece que la actividad distribuidora se desarrollará en Francia. De otro lado, la empresa distribuidora también tiene en mente la posible aplicación de la Ley francesa al contrato de distribución, puesto que, el contrato de distribución contempla que la actividad distribuidora se realizará en Francia. En este supuesto, la Ley francesa constituye una Ley previsible para las partes contratantes que les comporta costes conflictuales reducidos a ambas. La Ley francesa constituye la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato de distribución.

720. En definitiva, resulta muy probable que la solución otorgada por la Propuesta penalice el comercio internacional, puesto que, conduce a una solución *ineficiente* desde la perspectiva de la *eficiencia* conflictual. El particular implicado en la celebración de este contrato internacional de distribución exclusiva que no vea aplicado su Derecho al mismo queda obligado a soportar una carga conflictual desproporcionada y excesiva.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

721. El contrato de distribución se rige, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes contratantes y, de conformidad con lo estipulado en el Reglamento “Roma I”, por la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor (art. 4.1.f) Reg. Roma I).

Ahora bien, en el supuesto de que del contrato de distribución se desprenda *claramente* que el mismo presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con otro país, el contrato de distribución se regirá por la Ley del país de éste último (art. 4.3 Reg. Roma I).

722. Ejemplo. La empresa LUXEMB, con sede en Luxemburgo (*fabricante*), contacta con un distribuidor radicado en Bruselas. La empresa LUXEMB celebra un contrato de distribución con el distribuidor belga por el que acuerdan la distribución de los productos luxemburgueses en Berlín, Varsovia y Lisboa. El contrato de distribución no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Cuál es la Ley que resulta aplicable al contrato de distribución?

723. La tabla siguiente pone de relieve los costes conflictuales que soportará cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato de distribución.

Tabla núm: 36. Contrato de distribución entre fabricante luxemburgués y distribuidor belga. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del distribuidor en comparación con el principio de proximidad.

	Coste de aplicación de la Ley del país de sede del fabricante (Ley luxemburguesa)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor (Ley belga) (art. 4.1.f) Reg. Roma I)	Coste de aplicación de la Ley de los países del lugar de ejecución del contrato (Ley alemana, polaca o portuguesa)
Empresa LUXEMB (Fabricante)	10	50	80
Sujeto belga (Distribuidor)	90	10	80
Total	= 100	= 60	= 160

724. En el supuesto de que al contrato de distribución resulte aplicable la Ley del país de la sede del fabricante, sólo una de las partes contratantes – la empresa LUXEMB – asumirá mínimos costes de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho luxemburgués, puesto que, es su Derecho, el que conoce perfectamente y con el que está habituado a contratar. Sin embargo, la contraparte en el contrato de distribución – el sujeto belga – soportará costes conflictuales muy elevados.

725. La aplicación al contrato de distribución de la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor genera costes conflictuales reducidos para ambas partes contratantes. En este supuesto, el elemento decisivo que nos permite determinar cuál es la Ley aplicable al contrato de distribución coincide con el contexto económico en el que se ha celebrado el contrato. El contrato internacional de distribución celebrado entre la empresa LUXEMB y el distribuidor belga pone de relieve una oferta previa dirigida al distribuidor que tiene su residencia habitual en Bélgica. En este sentido, ambas partes contratantes esperan y son conscientes de que el Derecho belga puede resultar aplicable al contrato de distribución. La empresa LUXEMB se dirige a Bélgica con la intención de obtener grandes ventajas económicas y, por ello, también debe asumir los riesgos que

derivan de la internacionalización del contrato. En otras palabras, la empresa LUXEMB soportará el coste conflictual que suscita la aplicación de la Ley belga.

726. No obstante, si el contrato de distribución se rigiera por la Ley del país de los distintos lugares en los que se va a llevar a cabo la distribución de la mercadería, ambas partes contratantes sufragarían costes conflictuales muy elevados. Por una parte, ni el fabricante ni el distribuidor conocen el contenido de la Ley alemana, polaca y/o portuguesa y, además, son Leyes con las que no están acostumbrados a contratar. Por otra parte, aplicar a un mismo y único contrato de distribución Leyes distintas en función del lugar en el que se suscite la controversia implica inseguridad jurídica internacional. Un único contrato de distribución celebrado entre fabricante y distribuidor se registrará por la Ley alemana en el supuesto de que la controversia surja en la distribución llevada a cabo en Alemania, se regulará por la Ley polaca en el caso de que la cuestión controvertida se establezca respecto de la distribución realizada en Polonia y la Ley portuguesa resultará aplicable si la problemática deriva de la distribución efectuada en Portugal. En sintonía con ello, la Ley del país del lugar en el que se desarrolle la distribución constituye, en este caso, una Ley imprevisible para las partes contratantes que les comporta costes conflictuales muy altos a ambas.

727. En principio, el legislador de la UE ha indicado expresamente, en el Reglamento “Roma I”, cuál es la Ley aplicable al contrato de distribución porque este contrato carece de prestación característica⁶⁴⁵. El contrato de distribución carece de prestación característica porque no responde a un esquema de “intercambio de cosa o actividad por dinero” y, además, las prestaciones que asumen ambos contratantes son complejas y semejantes. E incluso más, los contratos de distribución comercial ponen de manifiesto una situación de desequilibrio en la posición negocial de las partes contratantes⁶⁴⁶. En determinados supuestos, es muy posible que el distribuidor disponga de un gran poder negociador. No obstante, con carácter general y con frecuencia, es el fabricante el que establece las condiciones del contrato.

728. Por esta razón, el art. 4.1.f) Reg. Roma I pone de manifiesto que sea cual sea la prestación que caracteriza el contrato de distribución, éste se registrará por la Ley del país de la sede o residencia habitual del distribuidor. El legislador de la UE elabora una norma de conflicto *rígida* que se inspira en el principio de protección de la parte débil de la relación contractual. En sintonía con ello, y para algún autor, si bien la Ley del país de la residencia habitual de las partes contratantes no constituye la Ley más favorable a las mismas, la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor se corresponde con la Ley más *estrechamente vinculada a su círculo de intereses*, la Ley que *mejor conoce* y la Ley que *menos costes de información* le comporta (H. AGUILAR GRIEDER⁶⁴⁷). En la misma línea de opinión, el Reglamento “Roma I” trata de

⁶⁴⁵ S. FRANQ, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, nº 1, 2009, pp. 40-69.

⁶⁴⁶ H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, nº 1, 2009, pp. 19-35, esp. p. 33.

⁶⁴⁷ H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, nº 1, 2009, pp. 19-35, esp. p. 33; En la misma línea, G. DORIO FIORELLI, “Contratti internazionali di distribuzione: problema di legge applicabile e di giurisdizione”, *RDIPP*, vol. XLIII, 2007, pp. 633-656, esp. p. 643 considera que la aplicación al contrato

compaginar el principio de protección de la parte débil de la relación litigiosa y el principio de proximidad. En este sentido, la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor se corresponde con la Ley del país en el que el distribuidor lleva a cabo su actividad profesional. E incluso más, elegir la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor reduce los supuestos en los que resulta necesaria la activación de la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I⁶⁴⁸.

729. Ahora bien, resulta “*artificial y pretencioso*”⁶⁴⁹ afirmar que a un determinado tipo de contrato, en este caso, el contrato de distribución, debe ser aplicado una determinada Ley de modo *rígido*, la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor, sin tener en cuenta las circunstancias del contrato y sus conexiones con los distintos Estados. La aplicación al contrato de distribución de la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor genera costes de transacción conflictuales sólo para una parte del contrato y, además, de modo no *eficiente*, lo que puede obstaculizar la celebración del contrato internacional. En definitiva, el legislador de la UE favorece caprichosamente la figura del distribuidor con independencia de las circunstancias que incidan en la celebración del contrato internacional que permitan precisar la Ley que presenta los vínculos más estrechos con el contrato.

730. En sintonía con ello, ¿Conduce la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del fabricante o la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor a un resultado *eficiente* para ambas partes contratantes? Algunos autores defienden que el contrato de distribución debe regirse por la Ley del país de la residencia habitual del fabricante⁶⁵⁰ y ponen de manifiesto las ventajas que presentaría este punto de conexión: la aplicación al contrato de distribución de la Ley del país de la residencia habitual del fabricante proporciona “seguridad jurídica” al ámbito de la distribución comercial internacional con independencia del lugar de ejecución del contrato o del país en el que el concesionario se encuentre.

731. Sin embargo, la aplicación al contrato de distribución de la Ley de país de la residencia habitual del fabricante también puede presentar, entre otros, los inconvenientes siguientes⁶⁵¹: aumenta de forma desorbitada el “poder contractual” del fabricante con independencia del país en el que se distribuyen los productos o servicios y del país en el que el distribuidor lleva a cabo su actividad comercial. E incluso más, la aplicación al contrato de distribución de la Ley del país de la residencia habitual del

de distribución de la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor se funda en razones de comodidad y proximidad.

⁶⁴⁸ M. E. ANCEL, « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I », *RCDIP*, vol. XCVII, n° 3, 2008, pp. 561-581, esp. p. 569.

⁶⁴⁹ L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, n° 74, 2004, pp. 11-46, esp. p. 21.

⁶⁵⁰ P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340.

⁶⁵¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha por la prestación característica (I): Los contratos internacionales de distribución” en A. L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDEÑA (DIRS.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 349-369, esp. p. 361.

fabricante pone de manifiesto, de forma implícita, que el fabricante es quien lleva a cabo la prestación característica en el contrato de distribución.

732. Otros autores⁶⁵² defienden la posición siguiente: el contrato de distribución debe regirse por la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor, puesto que, la prestación que realiza el distribuidor se corresponde con el “objetivo económico del contrato”. En este sentido, argumentan que el distribuidor es la parte contratante que lleva a cabo la prestación característica del contrato de distribución.

733. Sin embargo, la aplicación al contrato de distribución de la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor también pone de manifiesto, principalmente y, entre otros, los inconvenientes siguientes⁶⁵³: por una parte, “el objetivo económico” del contrato de distribución coincide con la distribución de los productos o servicios. Ahora bien, para realizar el “objetivo económico” del contrato los dos particulares implicados – fabricante y distribuidor – son sujetos imprescindibles e insustituibles. Ambas partes contratantes llevarán a cabo prestaciones complejas con objeto de lograr el “objetivo económico” del contrato de distribución. Por otra parte, resulta imposible determinar si el “centro de gravedad” del contrato de distribución se encuentra en el país de la residencia habitual del distribuidor o en el país de la residencia habitual del concedente, puesto que, el contrato de distribución carece de prestación característica.

734. En consecuencia, la aplicación al contrato internacional de distribución de la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor favorece caprichosamente a una de las partes contratantes, la empresa distribuidora, y perjudica notoriamente a la contraparte, la empresa distribuida. La parte favorecida en el contrato de distribución será aquella que vea aplicado su Derecho, en la medida en que no tendrá que sufragar costes de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a la Ley de ningún Estado. El perjuicio caprichoso a una de las partes contratantes pone en peligro la celebración del contrato internacional. En otras palabras, la distribución *ineficiente* de los costes conflictuales entre ambos particulares implicados dificultará la celebración de contratos internacionales en la UE. Y la no celebración de contratos internacionales en la UE puede generar desequilibrios y obstáculos al correcto funcionamiento del mercado interior⁶⁵⁴.

735. No obstante, y en sintonía con ello, en el supuesto de que el contrato de distribución establezca circunstancias de las que se desprenda *claramente* que el contrato de distribución presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con un país distinto del lugar de la residencia habitual del distribuidor, se aplicará la Ley del país más estrechamente vinculado. Ahora bien, el accionamiento de la cláusula de excepción (art. 4.3 Reg. Roma I) pretende, no sólo que el contrato presente más y más intensos vínculos con un país distinto de los que presenta con el país de la residencia habitual del

⁶⁵² C. M. V. CLARKSON & J. HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2nd edition, Butterworths, London, 2002, p. 217; D. BERLIN, “Droit international et distribution international”, *DPCI*, 1993, pp. 6-61.

⁶⁵³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha por la prestación característica (I): Los contratos internacionales de distribución” en A. L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDEÑA (DIRS.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 349-369, esp. p. 363.

⁶⁵⁴ H. MUIR-WATT, “Aspects économiques du droit international privé”, *RCADI*, vol. CCCVII, 2004, pp. 29-383.

distribuidor (art. 4.1.f) Reg. Roma I), sino que, los vínculos entre el contrato y el país determinado sean “*manifiestamente más estrechos*” que los que presenta con el país de la residencia habitual del distribuidor y que se desprenda “*claramente*” del conjunto de circunstancias, que el contrato de distribución presenta vínculos manifiestamente más estrechos con ese país. Esta afirmación pone de relieve que únicamente el contrato de distribución se regirá por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos en el supuesto de que el punto de conexión “Ley del país de la sede o de la residencia habitual del distribuidor” presente una vinculación puramente formal y aparente con el contrato de distribución.

736. En conclusión, la Ley aplicable al contrato de distribución designada por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1.f) Reg. Roma I, que se corresponde con la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor, no supera el *test de eficiencia*. La aplicación al contrato de distribución de la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor genera un intercambio internacional *ineficiente* y muy caro para las partes contratantes que penaliza el comercio internacional. La Ley del país de la residencia habitual del distribuidor favorece caprichosamente a una sola de las partes contratantes: la empresa distribuidora. Por esta razón, la empresa distribuida deberá asumir costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento a la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor. La Ley del país de la residencia habitual del distribuidor no constituye la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato de distribución, no es una Ley previsible para las partes ni tampoco es una Ley que les comporte a ambos costes conflictuales reducidos. E incluso más, la difícil aplicación de la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I inspirada en el principio de proximidad, imposibilita la precisión de la Ley que presente los vínculos más estrechos con el contrato de distribución. En consecuencia, la precisión para el contrato de distribución de una Ley previsible que genere costes conflictuales reducidos para ambos particulares implicados se establecerá en función de los vínculos que presente el contrato con los distintos países y no sólo a partir del tipo de contrato.

H) Contrato de venta de bienes mediante subasta (art. 4.1.g) Reg. Roma I): Ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse

a) Aspectos generales del contrato de venta de bienes mediante subasta⁶⁵⁵

737. El contrato de venta de bienes mediante subasta se corresponde con el contrato por el que se transfiere la propiedad de un bien, mueble o inmueble, a través de un sistema organizado de pujas de precio por el bien, en favor de la persona que realiza la oferta más alta. 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 (art. 4.1.g Reg. Roma I).

⁶⁵⁵ L. M. MIRANDA SERRANO, “La perfección del contrato en pública subasta: aproximación desde el régimen legal del comercio minorista” en J. A. GÓMEZ SEGADÉ / A. GARCÍA VIDAL / M. OLIVENCIA RUIZ (COORDS.) *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. C. Fernández – Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 601-620.

738. La precisión de la Ley aplicable al contrato de venta de bienes mediante subasta exige, fundamentalmente, la valoración de los aspectos siguientes⁶⁵⁶: a) Las subastas constituyen “mercados regulados”. En este sentido, los individuos que acuden a dichas subastas son perfectamente conscientes de que todas las operaciones que se realizan en tales mercados están sujetas a una Ley concreta, que es la Ley del país donde se lleva a cabo la subasta. b) La Ley contenida en el art. 4.1.g) Reg. Roma I se aplica a la venta de todo tipo de bienes, muebles o inmuebles y con independencia del país de la nacionalidad o residencia habitual de los contratantes. c) El art. 4.1.g) Reg. Roma I prevalece sobre el art. 4.1.a) Reg. Roma I (venta de mercancías) y sobre el art. 4.1.c) Reg. Roma I (venta de inmuebles). d) El art. 4.1.g) Reg. Roma I precisa que, si el lugar de la subasta “no puede determinarse”, dicho inciso “g” del art. 4.1 Reg. Roma I no resulta aplicable. Es el caso de las subastas en Internet o llevadas a cabo en línea. Por esta razón, el contrato se registrará por la Ley del país de la residencia habitual del vendedor en el supuesto de venta de mercancías (art. 4.1.a) Reg. Roma I) o bien, la Ley del lugar de situación del bien inmueble (art. 4.1.c) Reg. Roma I).

b) Test de *eficiencia* de los puntos de conexión previstos para el contrato de venta de bienes mediante subasta

739. El contrato de venta de bienes mediante subasta se registrará por una Ley estatal distinta en función del instrumento jurídico que resulte aplicable al contrato: el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales o el Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales “Roma I”.

1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

740. El Convenio de Roma indicó que el contrato de venta de bienes mediante subasta se registrará por la Ley del país con el que el contrato presentara los vínculos más estrechos, a menos que, las partes hubieran elegido la Ley aplicable al contrato (art. 4.1 CR). El Convenio de Roma presumía que el contrato de venta de bienes mediante subasta presentaba los vínculos más estrechos con el país en que la parte que debiere realizar la prestación característica tuviere, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual, o si se tratase de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central (art. 4.2 CR). Ahora bien, si no podía determinarse la prestación característica del contrato de venta de bienes mediante subasta o si de las circunstancias del caso se desprendía que este contrato presentaba vínculos más estrechos con un país distinto del país de la residencia habitual del prestador característico, se registrará por la Ley del país con el que presentara los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR).

741. Ejemplo. La empresa BRUSEL, con sede central en Bélgica, se dedica a la celebración de venta de bienes mediante subasta en Bruselas, Madrid y París. Un ciudadano luxemburgués se desplaza a Bruselas con objeto de adquirir en subasta una copia de la gran esfinge egipcia. La empresa BRUSEL se compromete a entregar la

⁶⁵⁶ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 700-701.

copia de la esfinge egipcia de conformidad con las condiciones pactadas en el contrato y el ciudadano luxemburgués queda obligado al pago del precio estipulado. El contrato de venta de bienes mediante subasta no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley resultará aplicable al mismo?

742. La tabla siguiente pone de relieve los costes conflictuales que asumirá cada una de las partes contratantes en función de la Ley que resulte aplicable al contrato de venta de bienes mediante subasta.

Tabla núm: 37. Contrato de venta de bienes en pública subasta. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del prestador característico en comparación con el criterio del lugar de celebración de la subasta pública.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede central de la empresa de subasta y Ley del país del lugar de celebración de la subasta (Ley belga) (art. 4.2 CR)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del sujeto que adquiere en la subasta (Ley luxemburguesa)
Empresa BRUSEL	10	90
Ciudadano luxemburgués	50	10
Total	= 60	= 100

743. La aplicación al contrato de venta de bienes mediante subasta de la Ley del país de la sede central de la empresa que se dedica a la celebración de subastas y de la Ley del país del lugar de celebración de la subasta (Ley belga) comporta costes conflictuales reducidos para ambos particulares implicados. Por una parte, la empresa BRUSEL conoce perfectamente el Derecho belga, puesto que, es en ese lugar donde lleva a cabo la celebración de las subastas y es, además, donde posee la sede central de su empresa. Por otra parte, el ciudadano luxemburgués se desplaza a Bruselas con la sola intención de adquirir un bien en la subasta. Por esta razón, el ciudadano luxemburgués también es consciente de que la Ley belga puede resultar aplicable al contrato de venta de bienes mediante subasta. En consecuencia, ambos particulares implicados en el contrato tienen presente que la Ley del lugar de celebración de la subasta se corresponde con una Ley “neutra” que presenta la vinculación más estrecha con la situación jurídica, puesto que, no beneficia ni perjudica caprichosamente a una de las partes contratantes. La Ley del lugar de celebración de la subasta se corresponde con una Ley previsible para los particulares implicados que les comporta, a ambos, costes conflictuales reducidos. Por estas razones, no es necesario desvirtuar la presunción contenida en el art. 4.2 CR, puesto que, dicha presunción conduce a la Ley del país con la que este contrato de venta de bienes en pública subasta presenta los vínculos más estrechos.

744. Ahora bien, si el mismo contrato se regula por la Ley del país de la residencia habitual del sujeto que adquiere en la subasta (Ley luxemburguesa), únicamente el ciudadano luxemburgués sufragará costes conflictuales reducidos, mientras que, la empresa BRUSEL, empresa que ignora el contenido del Derecho luxemburgués, soportará costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho luxemburgués.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

745. En ausencia de elección de Ley aplicable por las partes, el contrato de venta de bienes mediante subasta se regiría, según lo dispuesto en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, por la Ley del país de la residencia habitual de la parte que debiere realizar la prestación característica en el contrato. E incluso más, la supresión de la cláusula de excepción afirmó que, con independencia de las circunstancias que incidieran en el supuesto concreto, siempre y en todo caso, el contrato de venta de bienes en subasta se regiría por la Ley del país de la residencia habitual de la parte que debiere realizar la prestación característica en el contrato.

746. Ejemplo. La empresa BERL, con sede central en Alemania, se dedica desde hace más de diez años a la venta de bienes mediante subasta. La empresa BERL celebra subastas en Berlín, Madrid y Roma. Un ciudadano italiano adquiere un lienzo de Nicola de Maria en la subasta celebrada en Roma por la empresa BERL. La empresa BERL se compromete a entregar el lienzo en las condiciones pactadas en el contrato y el ciudadano italiano queda obligado al pago del precio estipulado. El contrato de venta de bienes mediante subasta no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley resultará aplicable al mismo?

747. La tabla siguiente pone de relieve los costes conflictuales que asumirá cada una de las partes contratantes en función de la Ley que resulte aplicable al contrato de venta de bienes mediante subasta.

Tabla núm: 38. Contrato de venta de bienes en pública subasta. Análisis económico del criterio de la sede de la empresa de la subasta en comparación con el criterio del lugar de celebración de la subasta.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede central de la empresa de subasta (Ley alemana) (Solución dada por la Propuesta)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del sujeto que adquiere en la subasta y Ley del país del lugar de celebración de la subasta (Ley italiana)
Empresa BERL	10	50
Ciudadano italiano	90	10
Total	= 100	= 60

748. La aplicación al contrato de venta de bienes mediante subasta de la Ley del país de la sede central de la empresa que se dedica a la celebración de subastas (Ley alemana) comporta costes conflictuales reducidos para una sola de las partes contratantes: la empresa BERL que ve aplicado su Derecho al contrato de venta de bienes mediante subasta, por lo que, asumirá un coste reducido de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho alemán. Sin embargo, la aplicación al contrato de venta de bienes mediante subasta de la Ley del país de la sede central de la empresa que se dedica a la celebración de subastas genera costes conflictuales elevados para su contraparte: el ciudadano italiano, quien ignora el

contenido del Derecho alemán, y, por tal razón, soportará costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho alemán.

749. En sintonía con ello, la solución jurídica dada por la Propuesta conduciría, en este asunto, a la aplicación de una Ley estatal que comportaría una carga conflictual excesiva y, además, desproporcionada para con una de las partes contratantes. Esta situación podría poner en peligro la celebración de este contrato y, también, podría penalizar el comercio internacional. E incluso más, la Ley del país de la sede central de la empresa de subasta no podría ceder, en ningún caso, a favor de la Ley del país con el que este contrato presentara los vínculos más estrechos porque la Propuesta no contenía una cláusula de excepción inspirada en el principio de proximidad.

750. No obstante, la aplicación a este contrato de venta de bienes mediante subasta de la Ley del país de la residencia habitual del sujeto que adquiere un bien en la subasta y de la Ley del país del lugar de celebración de la subasta comporta costes conflictuales reducidos para ambos particulares implicados. De un lado, la empresa BERL celebra subastas en Italia y, por esta razón, conoce el contenido del Derecho italiano y está acostumbrada a contratar con él. De otro lado, el ciudadano italiano ve aplicado su Derecho al contrato de venta de bienes en subasta. En sintonía con ello, el ciudadano italiano asumirá costes mínimos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a su Derecho. En consecuencia, ambos particulares implicados en el contrato son conscientes de que la Ley del lugar de celebración de la subasta se corresponde con una Ley “neutra” que presenta la vinculación más estrecha con la situación jurídica, puesto que, no beneficia ni perjudica caprichosamente a una de las partes contratantes. La Ley del lugar de celebración de la subasta se corresponde con una Ley previsible para los particulares implicados que les comporta, a ambos, costes conflictuales reducidos.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

751. El Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales “Roma I” establece que, si las partes contratantes no han elegido la Ley aplicable al contrato de venta de bienes mediante subasta, éste se regirá por la Ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse (art. 4.1.g) Reg. Roma I). Ahora bien, si del conjunto de circunstancias se desprende *claramente* que el contrato presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con otro país distinto del país del lugar de celebración de la subasta se aplicará la Ley del país con el que el contrato presente la vinculación *manifiestamente* más estrecha (art. 4.3 Reg. Roma I)

752. Ejemplo. La empresa LISB, con sede en Lisboa, celebra ventas de bienes inmuebles en subastas en Lisboa, Madrid y París. La empresa LISB subasta en París un bien inmueble situado en la misma ciudad. Un ciudadano belga adquiere el bien inmueble en subasta por un total de 200.000 €. La empresa LISB se compromete a entregar el bien inmueble en las condiciones estipuladas en el contrato y el ciudadano belga a pagar el precio previsto. El contrato de venta de bienes mediante subasta no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable por las partes. En el supuesto de que una de las partes no cumpliera aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley resultará aplicable al mismo?

753. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que asumirá cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato de venta de bienes mediante subasta.

Tabla núm: 39. Contrato de venta de bienes en subasta. Análisis económico del criterio de la sede central y/o de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de celebración de la subasta y el principio de proximidad.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede central de la empresa que se dedica a la subasta (Ley portuguesa)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del sujeto que adquiere en la subasta (Ley belga)	Coste de aplicación de la Ley del lugar de celebración de la subasta (Ley francesa) (art. 4.1.g) Reg. Roma I)
Empresa LISB	10	90	50
Ciudadano belga	90	10	50
Total	= 100	= 100	= 100

754. En el caso de que al contrato de venta de bienes mediante subasta resulte aplicable la Ley del país de la sede central de empresa que se dedica a la celebración de subastas – Ley portuguesa – o la Ley del país de la residencia habitual del sujeto que participa en la subasta – Ley belga –, solamente una de las partes contratantes asumirá costes conflictuales reducidos: el particular implicado que vea aplicado su Derecho al contrato. Un Derecho cuyo contenido conocerá perfectamente y con el que está acostumbrado a contratar.

755. Sin embargo, la aplicación al contrato de venta de bienes en subasta de la Ley del país del lugar de celebración de la subasta comporta costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos para ambos particulares implicados. Por una parte, la empresa LISB celebra, con frecuencia, subastas en París. En este sentido, la empresa LISB conoce el contenido del Derecho francés, por lo que, asume costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho francés. Por otra parte, el ciudadano belga se desplaza a París con la intención de participar en la subasta. En sintonía con ello, el Derecho francés se encuentra en la esfera de dominio legal del ciudadano belga. El ciudadano belga también soporta costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho francés. En consecuencia, la Ley del país del lugar de celebración de la subasta se corresponde con la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. Es una Ley previsible para ambas partes contratantes que les comporta costes conflictuales reducidos.

756. En consonancia con lo establecido, este contrato de venta de bienes en pública subasta puede regularse por tres Leyes estatales distintas – portuguesa, belga y francesa – las cuales conducirán, todas ellas, a la obtención de una solución *efectiva* desde la perspectiva de la *eficiencia* conflictual. Ahora bien, sólo en el supuesto de que este contrato se rija por la Ley francesa, las partes contratantes alcanzarán una solución conflictual *eficiente* que les permitirá sufragar costes conflictuales reducidos y equitativamente distribuidos entre ellas con independencia de que el coste total que tengan que asumir sea idéntico al señalado por la aplicación de las otras Leyes.

757. En conclusión, el punto de conexión “Ley del país del lugar de la celebración de la subasta” contenido en la norma de conflicto de leyes del art. 4.1.g) Reg. Roma I respecto de los contratos de venta de bienes mediante subasta supera el *test de eficiencia*. La Ley del lugar de la celebración de la subasta es *eficiente* porque es un punto de conexión “neutro”. Es una Ley que “rompe” el caprichoso favor que se le hace a una sola de las partes contratantes: la Ley del país de la residencia habitual del vendedor o la Ley del país de la residencia habitual del comprador. La Ley aplicable al contrato de venta de bienes mediante subasta se corresponde con la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. Es una Ley previsible para ambas partes contratantes que les comporta costes conflictuales reducidos a ambos particulares implicados. En consecuencia, la cláusula de excepción (art. 4.3 Reg. Roma I) no podrá operar respecto de los contratos de venta de bienes mediante subasta, puesto que, el punto de conexión contenido en el art. 4.1.g) Reg. Roma I conduce, de forma clara, a la Ley del país con el que el contrato presenta los vínculos manifiestamente más estrechos.

I) Contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros (art. 4.1.h) Reg. Roma I): Ley que rige el mercado regulado en el que se celebran estos contratos sobre instrumentos financieros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE

a) Aspectos generales del contrato celebrado en un sistema multilateral sobre instrumentos financieros de múltiples terceros

758. 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 (Cons. 18 Reg. Roma I) (art. 4.1.h Reg. Roma I).

759. La Directiva 2004/39/CE tiene su antecedente en la Directiva 93/22/CEE del Consejo de 10 de mayo de 1993 relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables. La Directiva 2004/39/CE establece un marco jurídico armonizado con el objetivo de “*ofrecer a los inversores un alto nivel de protección y permitir que las empresas de inversión presten servicios en toda la Comunidad, ya que se trata de un mercado único, tomando como base la supervisión del país de origen*” (Cons. 2 Directiva 2004/39/CE). El art. 36.4 de la Directiva 2004/39/CE indica que “[s]in perjuicio de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2003/6/CE, las negociaciones realizadas en el marco de los sistemas del mercado regulado se regirán por el derecho público del Estado miembro de origen del mercado regulado”. En conclusión, estos contratos sobre instrumentos financieros se rigen por la Ley que regula el mercado en el que se celebran. Ley que será también aplicable al estatuto jurídico de las entidades intermediarias que operan en estos mercados de instrumentos financieros. El lugar de celebración de estos contratos se corresponde con el “lugar donde se halla el mercado en el que la operación ha tenido lugar”.

760. La Directiva 2004/39/CE pone de manifiesto que su ámbito de aplicación incluye a las empresas o personas físicas cuya profesión o actividad habitual consista en prestar servicios o realizar actividades de inversión con carácter profesional. No obstante, la Directiva 2004/39/CE no se aplicará respecto de: 1º) Las personas físicas o jurídicas que administren sus propios activos y empresas, que no presten otros servicios de inversión ni realicen otras actividades de inversión que la negociación por cuenta propia a menos que sean creadores de mercado o que negocien por cuenta propia al margen de un mercado regulado. 2º) Las personas físicas o jurídicas que no presten servicios de inversión a terceros, sino exclusivamente a sus empresas matrices, a sus filiales o a otras filiales de sus empresas matrices. 3º) Las personas físicas o jurídicas que presten servicios de inversión únicamente de forma accesoria en el marco de una actividad profesional, siempre que esta última esté regulada y que las disposiciones pertinentes no prohíban la prestación accesoria de servicios de inversión. 4º) Las personas físicas o jurídicas cuyos servicios de inversión consistan exclusivamente en la administración de regímenes de participación de los trabajadores y que, por lo tanto, no presten servicios de inversión a terceros. 5º) Los bancos centrales y otros organismos que realicen funciones similares, así como los organismos públicos encargados de la gestión de la deuda pública o que intervienen en dicha gestión. 6º) Los organismos de inversión colectiva y fondos de pensiones, independientemente de que estén coordinados, o no, a escala europea y los depositarios o gestores de dichas empresas, ya que están sujetos a normas específicas directamente adaptadas a sus actividades.

761. El art. 4.1.h) Reg. Roma I resulta aplicable, fundamentalmente, a los contratos siguientes⁶⁵⁷: 1º) *Compraventa bursátil*. El contrato de compraventa bursátil se corresponde con el contrato por el que se obtienen o se venden valores cotizados en Bolsa en el que participa un miembro del mercado de valores. El contrato de compraventa bursátil se regula por la normativa que rige la contratación en dicho mercado. 2º) *Contrato de crédito al mercado*. El contrato de crédito al mercado presenta un doble objeto: o bien, se corresponde con un contrato por el que se procede a otorgar un préstamo de dinero con objeto de que el comprador adquiera valores bursátiles con la obligación de devolver la cantidad prestada. O bien, se procede a otorgar un préstamo de valores con la obligación para el vendedor de restituir los valores prestados o su valor en una fecha cierta. 3º) *Contratos sobre futuros financieros*. Los contratos sobre futuros financieros se corresponden con contratos en virtud de los cuales el comprador se obliga a comprar un bien o activo “subyacente” y el vendedor a venderlo a un precio pactado en una fecha futura. Los contratos sobre futuros financieros constituyen contratos a término, y se negocian en mercados específicos standarizados, organizados y centralizados que tratan sobre bienes subyacentes muy diferentes, como las *Commodities* (materias primas), que cubren bienes tan diversos como los metales, energía, productos agrícolas, etc. (*Commodity Futures*) y los *Financial Futures* (instrumentos financieros complejos), tales como divisas, tipos de interés, opciones, etc. 4º) *Contratos de “opción sobre futuros financieros”*. Similar al contrato de futuro financiero, pero en el que el comprador no se obliga a comprar el bien o el activo subyacente, sino que dispone de la mera opción de hacerlo o de no hacerlo. 5º) *Contratos sobre activos financieros*. Son contratos cuyo objeto no son bienes ni servicios, sino productos financieros, tales como dinero, créditos y deudas, contenidos en valores negociables o instrumentos financieros. Normalmente, estos productos se

⁶⁵⁷ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 701-702.

negocian en mercados regidos por normas específicas, caso en el que es de aplicación el art. 4.1.h) Reg. Roma I. En el caso de negociación fuera de tales mercados, la Ley aplicable a estos contratos se fijará con arreglo a los demás criterios contenidos en el art. 3 y 4 Reg. Roma I según el tipo de contrato del que se trate: prestación de servicios, venta de activos financieros en subastas, etc.

b) Test de *eficiencia* de los puntos de conexión previstos para los contratos celebrados en un sistema multilateral sobre instrumentos financieros de múltiples terceros

762. Las normas contempladas en el Reglamento “Roma I” resultan inoportunas respecto de esta categoría de contratos desde el prisma de la *eficiencia* conflictual, puesto que, la normativa contenida en el Reglamento “Roma I” recae “*sobre bienes de circulación muy veloz, difícilmente localizables en el espacio, entre partes cuyo lugar de residencia se ignora con gran frecuencia y que se celebran en mercados que exigen la observancia de unas reglas de negociación particulares*”⁶⁵⁸. Por estas razones, este tipo de contratos se regirá por la Ley estatal elegida por los particulares implicados (art. 3 Reg. Roma I), si bien las normas del Estado que rigen el mercado regulado pueden intervenir como Leyes de policía (art. 9 Reg. Roma I). En consecuencia, la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I no opera respecto de los contratos celebrados en un sistema multilateral que reúna o permita reunir diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros.

J) Art. 4.1 Reg. Roma I: *eficiencia* conflictual vs. automatismo

763. La estructura que presenta el art. 4 Reg. Roma I puede concretarse en la siguiente: la Ley del contrato se determina con arreglo a una norma de conflicto *rígida* (art. 4.1 Reg. Roma I), si bien, para supuestos singulares, se “exceptúa” la anterior norma de conflicto *rígida* y se aplica la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato (art. 4.3 Reg. Roma I).

764. El Reglamento “Roma I” establece respecto de cuatro tipos de contratos – contrato de compraventa de mercaderías, de prestación de servicios, de franquicia y de distribución – un punto de conexión que señala que la Ley aplicable a ese contrato es la Ley del país de la residencia habitual de una de las partes contratantes. Ahora bien, la aplicación a cualquier contrato de la Ley del país de la residencia habitual o de la Ley del país de la sede de cualquiera de los particulares implicados puede producir, con frecuencia, un intercambio *ineficiente* para ambas partes contratantes. El intercambio *ineficiente* presenta, principalmente, los caracteres siguientes:

765. A) *El intercambio internacional ineficiente es aquél que favorece de forma injustificada a una sola de las partes contratantes.* El particular beneficiado será aquél que vea aplicado su Derecho al contrato celebrado. La aplicación al contrato de un Derecho que sólo un particular conoce y con el que está habituado a contratar, le genera costes muy reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a su Derecho. En este sentido, únicamente el particular cuyo Derecho se aplica al contrato

⁶⁵⁸ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 701-702.

es favorecido en el mismo. Ahora bien, la parte contratante que no ve aplicado su Derecho al contrato soporta una pesada carga traducida en la sufragación de costes conflictuales muy elevados. La contraparte desconoce el contenido del Derecho que resulta aplicable al contrato y, además, nunca ha contratado de conformidad con tal Derecho. Por esta razón la contraparte deberá soportar costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho del particular favorecido.

766. B) *El intercambio internacional ineficiente es aquél regulado por una Ley estatal no previsible para ambas partes contratantes.* Un intercambio internacional *eficiente* tiene que estar regulado por una Ley que resulte previsible no sólo para uno de los particulares implicados sino para ambas partes contratantes. Una Ley es previsible para ambas partes contratantes cuando ésta se corresponde con la Ley que los particulares tuvieron o hubieron debido tener en mente en el momento de la celebración del contrato. En este sentido, la aplicación al contrato de una Ley previsible para ambos particulares implicados tiene por consecuencia, un intercambio internacional dotado de seguridad jurídica internacional y un intercambio internacional que genera costes conflictuales mínimos para ambos particulares implicados.

767. C) *El intercambio internacional ineficiente dificultará, encarecerá e incluso podría impedir la celebración del contrato internacional.* Un intercambio internacional *ineficiente* pone en peligro la celebración del contrato internacional. La celebración de un contrato internacional comporta a las partes contratantes grandes ventajas económicas y un incremento del bienestar. Ahora bien, en el supuesto de que la celebración de ese contrato internacional suponga un alto riesgo para los particulares implicados, éstos decidirán no celebrar ese contrato. Las partes contratantes preferirán no arriesgar y sacrificarán su bienestar si el resultado que van a obtener de la celebración del contrato internacional se corresponde con un intercambio internacional *ineficiente*.

768. En síntesis, la aplicación de la Ley empleada por los puntos de conexión establecidos para el contrato de compraventa de mercaderías, el contrato de prestación de servicios, el contrato de franquicia y el contrato de distribución da lugar a un intercambio internacional *ineficiente* y muy caro para las partes contratantes que pone en peligro la celebración del contrato y penaliza el comercio internacional.

769. También, el Reglamento “Roma I” establece unos puntos de conexión que utilizan una Ley “neutra” aplicable a los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, los contratos de arrendamiento de un bien inmueble celebrados con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos y los contratos de venta de bienes mediante subasta. La aplicación al contrato internacional de una Ley “neutra” quiebra el principio de beneficio irracional e injustificado a favor de una sola de las partes contratantes. La Ley “neutra” se corresponde con una Ley previsible para los particulares implicados que garantiza la celebración de un intercambio internacional *eficiente* y dotado de seguridad jurídica internacional que comportará costes conflictuales muy reducidos a ambas partes contratantes.

770. En consecuencia, el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I constituye un escenario protagonizado por puntos de conexión *rígidos* cuya función consiste en precisar la Ley aplicable al contrato con independencia de que la Ley que resulte aplicable al mismo sea

la Ley del país con la que ese contrato presenta los vínculos más estrechos. En particular, en el escenario concurren puntos de conexión *rígidos eficientes* con puntos de conexión *rígidos ineficientes*. Los puntos de conexión *rígidos eficientes* son aquellos que indican la Ley del país con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos y comportan costes conflictuales reducidos a ambos particulares implicados. Los puntos de conexión *rígidos ineficientes* se corresponden con los que señalan una Ley aplicable al contrato imprevisible para ambas partes contratantes que les comporta costes conflictuales muy elevados.

771. Ahora bien, ¿Qué se podría hacer para evitar la aplicación de las Leyes indicadas por los puntos de conexión *rígidos ineficientes*? La primera opción con la que podrían contar los particulares implicados en un contrato consistiría en elegir la Ley aplicable al mismo (art. 3 Reg. Roma I), puesto que, las partes siempre elegirían una Ley que les resultare previsible y que les comportare costes conflictuales reducidos. La segunda opción podría consistir en una “fuga al arbitraje” por las partes contratantes. Los particulares implicados en un contrato podrían, de mutuo acuerdo, designar un tercero independiente – el árbitro – que resolvería la cuestión controvertida mediante dictado de laudo arbitral. No obstante, el árbitro deberá resolver el conflicto de conformidad con la legislación que hubieren elegido las partes, o bien, según la equidad, si así se hubiere pactado. En este sentido, el arbitraje se corresponde con un sistema flexible que permite a las partes sufragar costes conflictuales reducidos.

2. Análisis de la Ley aplicable a los contratos que no pertenecen al listado de los ocho contratos (art. 4.2 Reg. Roma I)

772. Aun cuando un concreto contrato internacional no se halle incluido en el catálogo de los ocho contratos previsto en el Reglamento “Roma I”, éste resulta aplicable a dicho contrato internacional. El contrato internacional que no se ajusta al perfil de los contratos recogidos en el art. 4.1 Reg. Roma I se corresponde con un contrato internacional “conflictualmente atípico”. El contrato internacional “conflictualmente atípico” se rige por la Ley elegida por las partes contratantes y, en defecto de elección de Ley aplicable, por la Ley del país donde tenga la residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En otras palabras, en el supuesto de que el contrato no encaje en el catálogo de los ocho contratos (art. 4.1 Reg. Roma I) o cuando los elementos del contrato conciernan a más de una de las letras del apartado 1 del art. 4 Reg. Roma I, la Ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica resulta aplicable al contrato (art. 4.2 Reg. Roma I).

773. El art. 4.2 Reg. Roma I señala la Ley aplicable a los contratos internacionales “conflictualmente atípicos”. Ahora bien, si el contrato carece de prestación característica, el art. 4.2 Reg. Roma I no resulta aplicable. La pregunta que surge puede ser la siguiente, ¿Cuál es la Ley aplicable a los contratos que ni forman parte del catálogo de los ocho contratos (art. 4.1 Reg. Roma I) ni contienen una prestación característica (art. 4.2 Reg. Roma I)? La Ley aplicable a tales contratos se corresponde con la Ley del país con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos (art. 4.4 Reg. Roma I). En consecuencia, el Reglamento “Roma I” no contempla contratos internacionales “totalmente atípicos”, puesto que, el Reglamento

“Roma I” siempre incorpora una norma de conflicto de leyes que permite determinar cual es la Ley aplicable a cualquier contrato internacional.

774. El art. 4.2 Reg. Roma I también fija la Ley aplicable a los contratos internacionales “materialmente típicos” y “materialmente atípicos”, puesto que, un contrato internacional “conflictualmente atípico” puede ser “materialmente típico”. Los contratos internacionales “materialmente típicos” son aquellos contemplados y regulados por la Ley estatal que rige el contrato con arreglo a los criterios de conexión contenidos en el Reglamento “Roma I”. Los contratos internacionales “materialmente atípicos” son aquellos que ni contempla ni regula la Ley sustantiva que rige el contrato internacional. Por esta razón, los contratos internacionales “materialmente atípicos” no pueden encajar en el esquema de contrato legalmente configurado en un ordenamiento jurídico estatal.

775. En sintonía con ello, ¿Cuál es la Ley que resulta aplicable a los contratos internacionales “materialmente atípicos”? El Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales “Roma I” pone de manifiesto su aplicación a cualquier contrato internacional, con independencia de que el contrato sea calificado como contrato internacional “materialmente típico” o “materialmente atípico”.

776. Ahora bien, una vez precisada la Ley estatal aplicable a los contratos internacionales “materialmente atípicos”, la Ley del contrato debe permitir la creación de contratos “mixtos”. Los contratos “mixtos” son aquellos que contienen elementos de diversos contratos legalmente típicos, previstos en el ordenamiento jurídico de uno o varios Estados que tienen por finalidad la adaptación de un contrato interno a la especificidad del comercio internacional. También debe posibilitar la creación de contratos “completamente atípicos”. Los contratos “completamente atípicos” son aquellos que generan tipos contractuales que no existen en las legislaciones internas de los Estados, contratos *ex novo* en el comercio internacional, que tienen por finalidad la satisfacción de las necesidades del intercambio internacional.

777. E incluso más, la Ley del contrato que autorice la creación de contratos “mixtos” y de contratos “completamente atípicos” debe precisar también el “modo de regulación” de los contratos atípicos. En este sentido, la concreción de la disciplina jurídica de los contratos internacionales “materialmente atípicos” se lleva a cabo de conformidad con lo previsto en la “teoría de la combinación”, que pone de relieve que los elementos de un contrato atípico que han sido tomados de un contrato típico se regulan por la disciplina legal prevista para dicho contrato típico. O bien, la precisión de la disciplina jurídica de los contratos internacionales “materialmente típicos” se realiza según lo establecido en la “teoría de la absorción”, la cual, pone de manifiesto que el contrato por entero se rige por la disciplina legal prevista para regular el contrato típico predominante en el contrato atípico.

3. Test de eficiencia de los contratos que se rigen por el art. 4.2 Reg. Roma I

778. El número de contratos que encajan en la teoría de la prestación característica⁶⁵⁹ es muy elevado. Por esta razón, el análisis desde el punto de vista de la

⁶⁵⁹ La teoría de la prestación característica fue examinada en el capítulo II, epígrafe 4 “Ley aplicable en defecto de elección”, apartado b) “Ley de la residencia habitual del prestador característico”.

eficiencia únicamente se centrará en algunos ejemplos de contratos que se rigen por la Ley del país de la residencia habitual de la parte que lleva a cabo la prestación característica del contrato internacional. La elección de los siguientes contratos internacionales, y no de otros, encuentra razón en que el estudio *económico – conflictual* que se practica en los contratos en los que existe prestación característica proporciona conclusiones similares desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual, con independencia de la calificación que reciba el contrato internacional.

A) Contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial

a) Aspectos generales del contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial⁶⁶⁰

779. El contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial es el contrato por el que una parte, que es titular de ciertos derechos de propiedad intelectual o industrial, cede a otro sujeto el derecho a explotar tales derechos incorporeales, con frecuencia en un territorio específico y/o por un espacio temporal limitado. A cambio de la cesión del derecho de explotación de los derechos de propiedad intelectual o industrial, el titular percibe un precio fijo o variable. El contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial recae sobre derechos personales y patrimoniales inmateriales que no se corresponden con una cosa física cierta. Por esta razón, resulta difícil la precisión de la Ley aplicable a los contratos de propiedad inmaterial.

780. En síntesis, los obstáculos que pueden entorpecer la determinación de la Ley aplicable a los contratos de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial pueden concretarse, entre otros, en los siguientes⁶⁶¹: el primer obstáculo se erige sobre la inexistencia de un Derecho material uniforme sobre las propiedades inmateriales. El segundo, en la imposibilidad de utilizar el punto de conexión “lugar de situación del bien” sobre el que recae el derecho, puesto que, el derecho de propiedad intelectual o industrial no se corresponde con una cosa física. La tercera dificultad se fundamenta en el “principio de territorialidad” de los derechos incorporeales. El “principio de territorialidad” tiene su punto de partida en que un derecho inmaterial únicamente existe en el Estado que lo ha concedido, si bien, no en los demás países. En sintonía con ello, la protección o la infracción de un derecho sobre la propiedad intelectual o industrial sólo puede ejercitarse en el Estado que ha concedido el derecho incorporal.

⁶⁶⁰ P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Las obligaciones del autor en el contrato de edición*, Bosch, Barcelona, 1998; G. BLANC JOUVAN, *L'après – contrat: Étude a partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, PU Aix Marseille, Marseille, 2003; I. CECCHINI, *Il contratti dell'editore*, Guerini, Milano, 2000; J. M. DESANTES GUANTER, *La relación contractual entre autor y editor*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1970; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos de edición en Derecho internacional privado español*, Comares, Granada, 2002; C. MUÑOZ VIADA, *Transmisión de los derechos de autor: el contrato de edición*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, D. L. 2007.

⁶⁶¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, p. 704.

781. E incluso más, el contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial no forma parte de la categoría “contrato de prestación de servicios” (art. 4.1.b) Reg. Roma I). No obstante, el contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial puede presentar, fundamentalmente, las variantes siguientes⁶⁶²: licencias cruzadas o recíprocas, licencias exclusivas para un único país y licencias simples de derechos de propiedad industrial e intelectual para su explotación en varios países.

b) Test de *eficiencia* de los puntos de conexión previstos para el contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial

782. El contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial se rige, en primer lugar, siempre y en todo caso, con independencia del instrumento jurídico que resulte aplicable, por la Ley del país que las partes contratantes han elegido como Ley aplicable al contrato (art. 3 CR, art. 3 Propuesta Reg. Roma I y art. 3 Reg. Roma I). Los tres instrumentos jurídicos – Convenio de Roma, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y Reglamento “Roma I” – consideran que la Ley del país elegida por los particulares implicados es de preferente aplicación al contrato frente a cualquier otra Ley. Ahora bien, en el supuesto de que las partes no hayan elegido la Ley aplicable al contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, éste se regula por una Ley distinta en función del instrumento legal por el que se rija el contrato, puesto que, el legislador cambia el punto de conexión.

1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

783. El Convenio de Roma puso de manifiesto que, en ausencia de elección por los particulares implicados de Ley aplicable al contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, éste se regularía por la Ley del país con el que presentara los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). El Convenio de Roma presumía que el contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial presentaba los vínculos más estrechos con el país en el que la parte que debiera realizar la prestación característica tuviera, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual (art. 4.2 CR). No obstante, en el supuesto de que no pudiese determinarse la prestación característica en el contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial y del conjunto de circunstancias se desprendiere que el contrato presentaba vínculos más estrechos con otro país, la Ley de este último país más estrechamente vinculado con el contrato resultaba aplicable (art. 4.5 CR).

784. Ejemplo. Un escritor español con residencia habitual en España publicó un estudio científico en una revista española en abril de 2010. Con posterioridad, el escritor español se trasladó a Lisboa con la finalidad de encontrar una empresa a la que poder ceder algunos de los derechos del estudio científico para que ésta procediera a su explotación en distintos países. El sujeto español celebró un contrato de licencia de propiedad intelectual en Lisboa con una empresa portuguesa, por la que el escritor

⁶⁶² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 392.

español cedió algunos derechos de su estudio a la empresa LISB, con sede en Portugal, para que los explotara en Lisboa, Berlín y Roma durante un período de un año. La empresa LISB se comprometió a pagar 75.000 € al individuo español y las demás ganancias que obtuviera serían de beneficio para la empresa. El contrato de licencia de propiedad intelectual carecía de una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes contratantes no cumpliera aquello que establecía el contrato ¿Cuál sería la Ley que resultaría aplicable al mismo?

785. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que asume cada una de las partes contratantes según la Ley que resulte aplicable al contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual:

Tabla núm. 40: Contrato de licencia de derecho de propiedad intelectual entre empresa lisbonense y ciudadano español. Análisis económico del principio de proximidad y de la tesis de la *International Stream-Of-Commerce*.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del licenciante (Ley española) (art. 4.2 CR)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede del licenciado, de la Ley del lugar de celebración del contrato y de la Ley del lugar de ejecución parcial del contrato (Ley portuguesa) (art. 4.5 CR)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de ejecución parcial del contrato (Ley alemana)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de ejecución parcial del contrato (Ley italiana)
Escritor español	10	50	90	90
Empresa LISB	90	10	90	90
Total	= 100	= 60	= 180	= 180

786. Aplicar al contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual la Ley del país de la residencia habitual del licenciante – Ley española –, únicamente comporta costes conflictuales reducidos para el escritor español. No obstante, la aplicación al contrato de la misma Ley genera costes conflictuales muy elevados para la empresa LISB. En consecuencia, la aplicación a este contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual de la Ley del país de la residencia habitual del licenciante pone en peligro la celebración del intercambio internacional, puesto que, solamente beneficia a una de las partes contratantes en perjuicio de la otra. La presunción contenida en el art. 4.2 CR conduce a una solución *efectiva*, si bien también, *ineficiente* para los particulares implicados en la celebración de este contrato de licencia de derecho de propiedad intelectual.

787. Ahora bien, si este contrato se regula por la Ley del país de la sede del licenciado y por la Ley del país del lugar de celebración y de ejecución parcial del mismo – Ley portuguesa – ambos particulares implicados sufragarán costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos entre ambos. Por una parte, el sujeto español es consciente de que la Ley portuguesa puede resultar aplicable al contrato, puesto que, él se desplaza a Lisboa con la única intención de encontrar una empresa que explote sus derechos de propiedad intelectual en varios países. En consecuencia, la Ley portuguesa

forma parte de la esfera de dominio legal del escritor español. Por otra parte, la empresa LISB ve aplicado su Derecho al contrato, un Derecho que conoce perfectamente y con el que está habituado a contratar. En definitiva, la aplicación de la Ley portuguesa a este contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual genera costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico para ambos particulares implicados. La presunción recogida en el art. 4.2 CR cede a favor de la Ley portuguesa, que, en este supuesto, coincide con la Ley del país con la que presenta los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR).

788. Y, la aplicación al contrato de la Ley del país del lugar de ejecución parcial del mismo, que se corresponde con la Ley alemana y/o con la Ley italiana, comporta costes conflictuales “totales” y “globales” equitativamente distribuidos, si bien, muy elevados para ambas partes contratantes. La Ley alemana y/o la Ley italiana quedan fuera de la esfera de dominio legal de ambos particulares implicados. La aplicación al contrato de cualquiera de estas dos Leyes pondría en peligro la celebración del contrato internacional en la medida en que ambas partes contratantes sufragarían costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho alemán y/o al Derecho italiano.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

789. Si las partes contratantes no elegían la Ley aplicable al contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, la Propuesta de Reglamento “Roma I”, señaló que éste se regía, siempre y en todo caso, por la Ley del país de la residencia habitual de la parte que llevara a cabo la prestación característica del contrato. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales estimaba que el contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial se correspondía con un contrato que no respondía a una calificación simple sino que se trataba de un contrato complejo en el que ambas partes contratantes llevaban a cabo prestaciones recíprocas y todas ellas podían calificarse como prestaciones características.

790. En particular, el contrato de patente⁶⁶³ constituye una de las figuras que forma parte de los derechos de propiedad industrial. En este sentido, el contrato de patente es aquél por el que el titular de un derecho – licenciante – cede a un tercero – licenciado – el ejercicio del derecho de patente. De conformidad con lo estipulado en la Propuesta de Reglamento “Roma I”, el contrato de patente se regiría, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes contratantes, por la Ley del país de la residencia habitual de la parte que realizare la prestación característica en el contrato de patente.

⁶⁶³ M. ESLAVA RODRÍGUEZ, “Aplicación del Derecho de la competencia de la CEE a los derechos de licencia de patente exclusiva”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 64, 1990, pp. 69-76; C. LEMA DEVESA, “La repercusión de la patente europea y de la patente comunitaria en España”, *Actas de derecho industrial y de derecho de autor*, tomo 5, 1978, pp. 671-674; M. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, “Patente europea y patente comunitaria”, *Estudios de derecho judicial*, nº 49, 2003, pp. 47-82; E. MARTÍNEZ SANTOS, “La patente en Europa”, *Boletín de información sobre las Comunidades Europeas*, nº 33, 1991, pp. 12-17; E. F. PÉREZ CARRILLO, “Impacto del Tratado de Lisboa de la Unión Europea sobre la creación de un título de patente comunitario y de un tribunal de patente europea y comunitaria”, *Actas de derecho industrial y de derecho de autor*, tomo 30, 2009-2010, pp. 523-538.

791. En este sentido, ¿Quién es la parte que lleva a cabo la prestación característica en el contrato de patente? Por un lado, el licenciante queda vinculado a garantizar al licenciado el uso de la patente. Por otro lado, el licenciado se compromete a pagar una contraprestación, dineraria o no, por el uso de tal patente. En sintonía con ello, el prestador característico en el contrato de patente se corresponde con el licenciante. Por esta razón y según lo establecido en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, la Ley del país de la residencia habitual o la Ley del país de la sede de la administración central del licenciante resultarían aplicables al contrato de patente. Ahora bien, ¿Se corresponden, siempre y en todo caso, la Ley del país de la residencia habitual y/o la Ley del país de la sede de la administración central del licenciante con la Ley del país que comporta costes conflictuales reducidos a ambas partes contratantes?

792. Ejemplo. La empresa BRUSEL con sede en Bruselas es propietaria de la patente INFORSECUR dedicada a garantizar la seguridad en el pago de las compras efectuadas por Internet. La empresa BRUSEL celebra, en España, un contrato de patente con la empresa MADR cuya sede se encuentra en Madrid. La empresa BRUSEL cede a la empresa MADR la explotación de la patente en España durante un período de tres años. La empresa MADR pagará 100.000 € por la explotación de la patente de la que es titular la empresa BRUSEL. El contrato de patente no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes incumpliere aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley resultará aplicable al contrato de patente?

793. La tabla siguiente pone de relieve los costes conflictuales que asumirá cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato:

Tabla núm. 41: Contrato de patente entre empresa belga y empresa madrileña. Análisis económico de los criterios *Lex Loci Celebrationis* y *Lex Loci Executionis*.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede del licenciante (Ley belga) (Solución dada por la Propuesta)	Coste de aplicación de la Ley del país de celebración del contrato, Ley del país de ejecución del contrato y Ley del país de la sede del licenciado (Ley española)
Empresa BRUSEL (licenciante)	10	50
Empresa MADR (licenciado)	90	10
Total	= 100	= 60

794. En el supuesto de que el contrato de patente se rija por la Ley del país de la sede del licenciante, solamente una de las partes contratantes, la empresa BRUSEL, soportará costes conflictuales reducidos, puesto que, asumirá costes mínimos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho belga. *A sensu contrario*, la aplicación de la misma Ley estatal genera costes conflictuales muy elevados para la contraparte, la empresa MADR, la cual, sufragará un coste muy alto de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho belga si el contrato de licencia de patente se rigiera por la Ley del país de la sede del licenciante. Sin embargo, el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes *rigida* contenida en la Propuesta, no permitía desvirtuar, en ningún caso, la solución conflictual a la que conducía. La Propuesta mantenía que este contrato se regulaba por

la Ley belga con independencia de que esta Ley estatal se correspondiera, o no, con la Ley del país con la que este contrato presentaba los vínculos más estrechos.

795. No obstante, en el caso de que el contrato de licencia de patente se regule por la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato y por la Ley del país de la sede de la empresa licenciada, ambas partes contratantes sufragarán costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos entre ambos particulares implicados. Por una parte, la empresa MADR ve aplicado su Derecho al contrato. Por otra parte, la empresa BRUSEL es consciente de que la Ley española puede resultar aplicable al contrato porque contrata en España, con una empresa española para que ésta lleve a cabo la explotación de la patente en España durante un período determinado y por un precio cierto. En este sentido, la Ley española pertenece a la esfera de dominio de la empresa BRUSEL, que asumirá costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho español.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

796. El Reglamento “Roma I” pone de relieve que en el caso de que el contrato internacional no esté cubierto por el apartado 1 del art. 4 Reg. Roma I o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a-h) del art. 4.1 Reg. Roma I, el contrato se rige por la Ley del país donde tiene su residencia habitual la parte que realiza la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reg. Roma I). Ahora bien, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en el art. 4.2 Reg. Roma I, la Ley de ese país resulta aplicable (art. 4.3 Reg. Roma I).

797. El contrato de marca⁶⁶⁴ pertenece a la categoría de contrato de licencia de derechos de propiedad industrial. El contrato de marca constituye el contrato por el que el titular del derecho de marca – licenciante – concede a un tercero – licenciado – el ejercicio y/o la explotación, con carácter temporal, de algunos de los derechos derivados de su titularidad. El Reglamento “Roma I” señala que el contrato de marca se rige, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes contratantes, por la Ley del país de la residencia habitual de la parte que lleva a cabo la prestación característica del contrato. En el contrato de marca, la prestación característica la realiza el licenciante, cuya obligación consiste en ceder al licenciado el ejercicio de algunos de los derechos procedentes de su titularidad. En consecuencia y de conformidad con lo establecido en el Reglamento “Roma I”, el contrato de marca se rige por la Ley del país de la residencia habitual del licenciante. No obstante, si el vínculo que existe entre el contrato de marca y el país de la residencia habitual del licenciante es meramente formal, el contrato de marca se regula por la Ley del país con la que el contrato presenta los vínculos manifiestamente más estrechos.

⁶⁶⁴ M. CURTO POLO, *La cesión de marca mediante contrato de compraventa*, Aranzadi, 2002; J. L. LUCEÑO OLIVA, “El contrato de licencia de marca desde la perspectiva del licenciante”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 162, 2011, pp. 56-59; P. ORTIZ SEIJAS, “Contrato de licencia de la marca”, *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 79, 2007, pp. 75-78; A. RONCERO SÁNCHEZ, *El contrato de licencia de marca*, Civitas, Madrid, 1999.

798. Ejemplo. La empresa TOLOU con domicilio social en Francia es titular de una marca de cosméticos francesa. La empresa MADR, con domicilio social en España y sucursal en París acude a una feria internacional de moda y cosméticos en París. La empresa TOLOU y la empresa MADR celebran un contrato en París por el que la empresa TOLOU cede algunos derechos de la marca de cosméticos a la empresa MADR para que ésta explote los derechos derivados de la marca en Madrid por un período de dos años. A cambio de la explotación de los derechos de la marca, la empresa TOLOU recibirá 50.000 €. Ni la empresa TOLOU ni la empresa MADR han elegido la Ley aplicable al contrato de marca. En el caso de que entre las partes contratantes surjan cuestiones controvertidas, ¿Qué Ley estatal resultará aplicable al contrato de marca?

799. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que asumirá cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato:

Tabla núm: 42. Contrato de marca entre empresa francesa y empresa española. Análisis económico de la tesis de la International Stream-Of-Commerce y de los criterios Lex Loci Celebrationis y Lex Loci Executionis.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede del licenciante y de la Ley del país del lugar de celebración del contrato (Ley francesa) (art. 4.2 Reg. Roma I)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede del licenciado y de la Ley del país del lugar de ejecución del contrato (Ley española)
Empresa TOLOU (licenciante)	10	90
Empresa MADR (licenciado)	50	10
Total	= 60	= 100

800. Si el contrato de marca se rige por la Ley del país de la sede del licenciante y por la Ley del país del lugar de celebración del contrato, que se corresponde con la Ley francesa, ambas partes contratantes sufragarán costes conflictuales “totales” y “globales” reducidos. De un lado, la empresa TOLOU ve aplicado su Derecho al contrato. El Derecho francés forma parte de su esfera de dominio legal. Por esta razón, soportará costes mínimos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho francés. De otro lado, la empresa MADR también conoce el contenido del Derecho francés y está acostumbrada a contratar con él, puesto que, tiene una sucursal abierta en París. En consecuencia, el Derecho francés también pertenece a su esfera de dominio legal. Por esta razón, la aplicación de la Ley francesa a este contrato internacional de marca genera costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho francés para la empresa MADR. La solución que proporciona el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.2 Reg. Roma I es, no sólo *efectiva*, sino también, *eficiente* desde la perspectiva *económico – conflictual*. Ambos particulares implicados en la celebración de este contrato de marca no soportan una carga conflictual ni desmesurada ni desproporcionada.

801. Mientras que, si la Ley del país de la sede del licenciado y de la Ley del país de ejecución del mismo, que se corresponde con la Ley española, resulta aplicable al contrato de licencia de marca, ambos particulares implicados soportarán costes conflictuales muy elevados e ineficientemente distribuidos entre ambos. Por una parte,

la empresa MADR ve favorecida su posición jurídica en el contrato internacional, puesto que, su Derecho resulta aplicable al contrato. Por el contrario, la aplicación de la misma Ley al mismo contrato perjudica a la contraparte, la empresa TOLOU, puesto que, el Derecho español queda fuera de su esfera de dominio legal.

B) El contrato estimatorio

a) Aspectos generales del contrato estimatorio⁶⁶⁵

802. El contrato estimatorio es el contrato por el que una persona, denominada *tradens* o distribuidor, entrega a otra, llamada *accipiens* o consignatario, una o varias cosas muebles con la finalidad de que el consignatario venda dichas cosas muebles en un período de tiempo determinado. Con posterioridad, en el momento pactado, el *accipiens* queda vinculado a entregar al *tradens* el valor estimado de las cosas vendidas a terceros, a devolverle las cosas no vendidas o a quedarse las cosas hasta el momento en el que pueda venderlas.

803. El principal problema con el que puede encontrarse el contrato estimatorio es la difícil precisión de su naturaleza jurídica, puesto que, el contrato estimatorio es un contrato atípico en Derecho interno español⁶⁶⁶. Por esta razón, la Ley aplicable al contrato estimatorio puede variar en función de la finalidad económica que presente el mismo⁶⁶⁷. Por una parte, si la finalidad económica del contrato estimatorio consiste en la distribución, dicho contrato puede ser calificado como una modalidad de contrato de distribución. En sintonía con ello, la Ley aplicable al contrato estimatorio es la Ley del país de la residencia habitual del distribuidor o *accipiens* (art. 4.1.f) Reg. Roma I). Por otra parte, si la finalidad económica del contrato estimatorio se corresponde con la transferencia de la propiedad de las cosas que formen parte del objeto del contrato, resulta aplicable al mismo la Ley del país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reg. Roma I).

804. En sintonía con ello, ¿Cuál es la parte contratante que realiza la prestación característica en el contrato estimatorio? Las obligaciones que llevan a cabo tanto el *tradens* o distribuidor como el *accipiens* o consignatario pueden concretarse en las siguientes⁶⁶⁸: el *tradens* o distribuidor queda vinculado a dos obligaciones principales. La primera obligación consiste en entregar a la otra parte la libre disposición de las cosas objeto del contrato en la fecha, cantidad y calidad estipulada en el contrato. La

⁶⁶⁵ M. C. CRESPO MORA, “Contrato estimatorio y transmisión de la propiedad”, *Revista de derecho patrimonial*, nº 23, 2009, pp. 603-607; E. X. DE MELLO, “El contrato de suministro estimatorio”, *Estudios jurídicos*, nº 1, 2006, pp. 143-161; E. M. DOMÍNGUEZ PÉREZ, “Contrato estimatorio. Calificación jurídica del contrato: contrato estimatorio o contrato de compraventa”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 81, nº 690, 2005, pp. 1478-1486.

⁶⁶⁶ A. DURAN AYAGO, “Contrato estimatorio internacional” en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Curso de Contratación Internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 265-270.

⁶⁶⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 345.

⁶⁶⁸ A. DURAN AYAGO, “Contrato estimatorio internacional” en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Curso de Contratación Internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 265-270, esp. p. 269.

segunda obligación que debe asumir el *tradens* o distribuidor se corresponde con la recepción de la mercancía que el *accipiens* o consignatario le devuelva según lo previsto en el contrato. El *accipiens* o consignatario también debe llevar a cabo dos obligaciones principales: la primera obligación implica la venta a terceros de las cosas que el *tradens* le entrega. La segunda obligación consiste en pagar el precio de las cosas vendidas al *tradens* una vez que transcurra el plazo previsto en el contrato. El pago del precio debe ir acompañado de una rendición de cuentas y de la devolución de las cosas no vendidas.

b) Test de eficiencia de los puntos de conexión previstos para el contrato estimatorio

1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

805. El Convenio de Roma seguía el orden siguiente para determinar la Ley aplicable a cualquier contrato internacional y, en particular, al contrato estimatorio. En primer lugar, el contrato estimatorio se regía por la Ley del país que ambas partes contratantes eligieron como Ley aplicable al mismo (art. 3 CR). En segundo lugar, y en defecto de elección de Ley aplicable al contrato estimatorio por los particulares implicados, éste se regulaba por la Ley del país con el que el contrato presentaba los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). En este sentido, el Convenio de Roma presumía que el contrato estimatorio presentaba los vínculos más estrechos con la Ley del país en el que la parte que debiere realizar la prestación característica tuviere, en el momento de celebración del contrato, su residencia habitual. O la Ley del país del lugar donde se encontrare su administración central, si se tratase de una sociedad, asociación o persona jurídica (art. 4.2 CR). En tercer lugar, en ausencia de “prestación característica”, el contrato estimatorio se regulaba por la Ley del país que presentaba los vínculos más estrechos con el contrato siempre que la Ley de éste último país presentara vínculos más estrechos con el contrato estimatorio que la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.5 CR).

806. Ejemplo. El dirigente de una empresa española, SEVILL, con administración central en España, se traslada a Italia con objeto de celebrar un contrato estimatorio, en Italia, con una empresa italiana, FLORENC, cuya administración central se encuentra en Italia. El contrato estimatorio establece que la empresa SEVILL se compromete a entregar a la empresa FLORENC trescientos trajes típicos de folklore con la finalidad de que ésta los venda a terceros en el plazo de un año. Una vez transcurrido el plazo estipulado en el contrato, la empresa FLORENC entregará a la empresa SEVILL el valor estimado de la venta y le devolverá aquellos trajes que no hubiere logrado vender. El contrato estimatorio no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el caso de que una de las partes no cumpla lo estipulado en el contrato estimatorio, ¿Qué Ley resultará aplicable al mismo?

807. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que asumirá cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato estimatorio:

Tabla núm: 43. Contrato estimatorio entre empresa sevillana y empresa florentina. Análisis económico del criterio sede de la administración central del prestador característico en comparación con el criterio de la tesis de la *International Stream-Of-Commerce*.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la administración central del <i>tradens</i> (Ley española) (art. 4.2 CR)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la administración central del <i>accipiens</i> y de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley italiana) (art. 4.5 CR)
Empresa SEVILL (<i>tradens</i>)	10	50
Empresa FLORENC (<i>accipiens</i>)	90	10
Total	= 100	= 60

808. Si el contrato estimatorio se rige por la Ley del país de la sede de la administración central del *tradens*, ambas partes contratantes asumirán costes conflictuales desproporcionados entre ellas. La empresa SEVILL soporta costes conflictuales mínimos, puesto que, ve aplicado su Derecho al contrato estimatorio. A *sensu contrario*, la aplicación de la misma Ley estatal a este contrato estimatorio produce costes conflictuales muy elevados para la empresa FLORENC, puesto que, ignora el contenido del Derecho español y, además, nunca ha contratado con él.

809. Sin embargo, la aplicación de la Ley del país de la sede de la administración central del *accipiens* y de la Ley del país de celebración y ejecución al contrato estimatorio comporta costes conflictuales eficientemente distribuidos para ambos particulares implicados. La empresa SEVILL es consciente de que el Derecho italiano puede resultar aplicable al contrato estimatorio, puesto que, contrata con una empresa italiana, celebra el contrato en Italia y la ejecución del contrato tendrá lugar en el mismo país. E incluso más, el dirigente de la empresa SEVILL se traslada a Italia con la única finalidad de celebrar un contrato con una empresa italiana. La empresa FLORENC ve aplicado al contrato un Derecho cuyo contenido conoce a la perfección y un Derecho con el que está acostumbrado a contratar. En consecuencia, en este supuesto particular, el Convenio de Roma permite escapar de la solución conflictual *ineficiente* a la que conduce el art. 4.2 CR a favor de una Ley estatal que resulte previsible para los particulares implicados en la celebración de este contrato estimatorio.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

810. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales únicamente proporcionaba dos opciones a las partes contratantes en el ámbito de la Ley aplicable en el sector de la contratación internacional. La primera opción consistía en que los particulares implicados eligieran la Ley aplicable al contrato estimatorio. La segunda opción, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes contratantes, posibilitaba que el contrato estimatorio se rigiera por la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico. En consecuencia, cualquier contrato que no respondiera a una calificación simple – el contrato estimatorio – se regularía, siempre y en todo caso e independientemente de las circunstancias que incidieran en la situación, por la Ley del

país de la residencia habitual de la parte contratante que llevara a cabo la prestación característica.

811. Ejemplo. La empresa HAMBURG tiene la sede de su administración central en Alemania y dos sucursales abiertas en Polonia. La empresa HAMBURG celebra un contrato estimatorio con la empresa OSTRAV. La empresa OSTRAV tiene la sede de su administración central en la República Checa y una sucursal abierta en Polonia. La empresa HAMBURG y la empresa OSTRAV celebran en Polonia un contrato estimatorio por el que la empresa HAMBURG entregará una partida de cervezas alemanas con objeto de que la empresa OSTRAV la venda a terceros en Polonia en el plazo de seis meses. Finalizados los seis meses, la empresa OSTRAV deberá entregar a la empresa HAMBURG el valor estimado de la venta y se quedará con la mercancía hasta que logre vender el resto. El contrato estimatorio no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley estatal resultará aplicable al mismo?

812. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que asumirá cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato estimatorio:

Tabla núm: 44. Contrato estimatorio entre empresa alemana y empresa checa. Análisis económico del criterio sede de la administración central de cualquiera de las partes contratantes y de los criterios *Lex Loci Celebrationis* y *Lex Loci Executionis*.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la administración central del <i>tradens</i> (Ley alemana) (Solución dada por la Propuesta)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la administración central del <i>accipiens</i> (Ley checa)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de celebración y de la Ley del lugar de ejecución del contrato (Ley polaca)
Empresa HAMBURG (<i>tradens</i>)	10	90	50
Empresa OSTRAV (<i>accipiens</i>)	90	10	50
Total	= 100	= 100	= 100

813. La aplicación al contrato estimatorio de la Ley del país de la sede de la administración central de cualquiera de las partes contratantes produce costes conflictuales distribuidos ineficientemente para ambos particulares implicados. Únicamente la parte contratante cuyo Derecho resulte aplicable al contrato verá favorecida su posición jurídica en perjuicio de su contraparte.

814. Sin embargo, la aplicación al contrato estimatorio de la Ley del país del lugar de celebración y del lugar de ejecución del contrato lleva a cabo una distribución *eficiente* de los costes conflictuales entre ambas partes contratantes. En primer lugar, ambos particulares implicados en el contrato estimatorio son conscientes de que la Ley polaca puede resultar aplicable al mismo. La Ley polaca forma parte de la esfera de dominio legal de ambas partes contratantes. En segundo lugar, ambas empresas tienen sucursales abiertas en Polonia. Por esta razón, los dos sujetos conocen perfectamente el contenido del Derecho polaco y, además, están acostumbrados a contratar con él. En tercer lugar, la celebración y la ejecución del contrato se llevan a cabo en Polonia. En

consecuencia, la Ley polaca se corresponde con una Ley previsible para ambas partes contratantes, la Ley del país con el que el contrato se halla más estrechamente vinculado y les comporta costes conflictuales mínimos a ambos particulares implicados.

815. En sintonía con ello, la tabla también revela que el coste conflictual total que asumen las partes contratantes para con la celebración de este contrato estimatorio es el mismo, con independencia de la Ley estatal que lo regule. Esta afirmación puede concretarse en el aspecto siguiente: la aplicación a este contrato estimatorio de cualquiera de las Leyes que figuran en la tabla – Ley alemana, checa o polaca – permite obtener, a ambas partes contratantes, una solución *efectiva* desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual. Ahora bien, solamente una de esas soluciones *efectivas* puede ser elevada a la categoría de *eficiente*, en concreto, aquella que comporte costes conflictuales reducidos y equitativamente distribuidos entre ambos particulares implicados en la celebración del contrato internacional.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

816. El Reglamento “Roma I” proporciona a las partes contratantes las siguientes disposiciones para conocer cuál es la Ley aplicable al contrato estimatorio: la primera disposición pone de manifiesto que cualquier contrato, incluido el contrato estimatorio, se rige por la Ley elegida por los particulares implicados (art. 3 Reg. Roma I). La segunda disposición, que resulta aplicable en el supuesto de que las partes no elijan la Ley aplicable al contrato estimatorio, establece que el contrato estimatorio se regula por la Ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, puesto que, el contrato estimatorio ni se encuentra en el listado de los ocho contratos (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I) ni los elementos del contrato estimatorio corresponden a más de una de las letras a) – h) del art. 4.1 Reg. Roma I (art. 4.2 Reg. Roma I). La tercera disposición, la cual se aplica en defecto de las anteriores, posibilita que el contrato estimatorio se rija por la Ley del país con la que el contrato presenta los vínculos manifiestamente más estrechos siempre que esta circunstancia se desprenda de forma clara del contrato para el Juez y para las partes contratantes (art. 4.3 Reg. Roma I).

817. Ejemplo. La empresa MONTPELL cuya sede de administración central se encuentra en Francia ofrece sus servicios de venta a terceros a la empresa COIMBR con sede de administración central en Portugal. La empresa MONTPELL ofrece a la empresa COIMBR la venta de productos típicos portugueses en Ámsterdam y en Bruselas por tiempo de dos años. Al finalizar el período de dos años, la empresa MONTPELL se obliga a entregar a la empresa COIMBR el valor estimado de la mercancía vendida y a devolverle aquellos productos que no haya podido vender. El contrato estimatorio no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello que establece el contrato, ¿Cuál es la Ley estatal que resultará aplicable al mismo?

818. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que asumirá cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato estimatorio.

Tabla núm: 45. Contrato estimatorio entre empresa portuguesa y empresa francesa. Análisis económico del criterio *Lex Loci Executionis* y del criterio de la tesis de la *International Stream-Of-Commerce*.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede central del <i>tradens</i> y de la Ley del país del lugar de celebración del contrato (Ley portuguesa) (art. 4.2 Reg. Roma I)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede central del <i>accipiens</i> (Ley francesa)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de ejecución del contrato (Ley belga y Ley holandesa)
Empresa COIMBR (<i>tradens</i>)	10	90	90
Empresa MONTPELL (<i>accipiens</i>)	50	10	70
Total	= 60	= 100	= 160

819. Los datos incluidos en la tabla ponen de manifiesto que la aplicación al contrato estimatorio de la Ley del país de la sede central del *tradens* y de la Ley del país del lugar de celebración del contrato, que se corresponde con la Ley portuguesa, comporta costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos para ambas partes contratantes. Por una parte, la empresa COIMBR ve aplicado su Derecho al contrato estimatorio. La empresa COIMBR conoce perfectamente el contenido del Derecho portugués, puesto que, el Derecho portugués es su Derecho y está acostumbrada a contratar con él. Por otra parte, la empresa MONTPELL también es consciente de que el Derecho portugués puede resultar aplicable al contrato estimatorio, puesto que, la empresa MONTPELL hace una oferta a la empresa COIMBR para prestarle sus servicios. En sintonía con ello, la Ley portuguesa pertenece a la esfera de dominio legal de la empresa MONTPELL. Esta afirmación pone de manifiesto que la empresa MONTPELL conoce el contenido de la Ley portuguesa y, en el supuesto de que ésta resulte aplicable al contrato, asumirá costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho portugués.

820. Sin embargo, la aplicación al contrato estimatorio de la Ley del país de la sede de la administración central del *accipiens*, que se corresponde con la Ley francesa, produce costes conflictuales distribuidos ineficientemente entre ambas partes contratantes, puesto que, implica costes conflictuales mínimos para un particular implicado y costes conflictuales muy elevados para la contraparte.

821. En último lugar, la aplicación de la Ley del país del lugar de ejecución del contrato estimatorio, que se corresponde con la Ley belga y/o la Ley holandesa, genera costes conflictuales muy elevados para ambos particulares implicados. Ni la empresa MONTPELL, ni la empresa COIMBR tienen en mente la aplicación al contrato estimatorio de la Ley del país del lugar de su ejecución. La empresa MONTPELL soporta costes conflictuales menores que la empresa COIMBR, puesto que, es la empresa francesa la que ofrece la venta de los productos típicos portugueses en Ámsterdam y en Bruselas, lo que puede inducir a pensar que la empresa MONTPELL conoce, al menos parcialmente, el Derecho belga y el holandés. En sintonía con ello, la aplicación de esta Ley al contrato obliga a las partes a sufragar costes muy elevados de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho belga y/u

holandés. En este supuesto, la Ley del país del lugar de ejecución del contrato estimatorio se corresponde con una Ley imprevisible para ambas partes contratantes, que pone en peligro la celebración del contrato internacional y que les comporta costes conflictuales muy altos.

C) Contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil

a) Aspectos generales del contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil⁶⁶⁹

822. El contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil es el contrato por el que una parte contratante transfiere a su contraparte los bienes materiales e inmateriales propios de un establecimiento mercantil o empresa. La transmisión de los bienes materiales e inmateriales de una empresa incluye el fondo de comercio y, también, los contratos en curso de dicho establecimiento con otras empresas y con sus trabajadores. En otras palabras, el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil tiene por objeto la transmisión de la propiedad sobre una determinada actividad comercial, industrial o mercantil.

823. El contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil puede presentarse como conjunto variado de contratos menores separados, o bien, como un solo contrato⁶⁷⁰. En el supuesto de que el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil se considere como un solo contrato, su función económica puede concretarse en la transmisión de la empresa. En este sentido, en el contrato de venta de empresa los particulares implicados quedan vinculados al cumplimiento de las obligaciones siguientes: el vendedor de la empresa o establecimiento mercantil se compromete a transmitir al comprador la actividad, los activos y los trabajadores de la empresa. El comprador queda obligado a pagar un precio al vendedor por la transmisión efectuada. En consecuencia, el prestador característico en el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil coincide con el titular de la empresa transmitente (art. 4.2 Reg. Roma I).

b) Test de *eficiencia* de los puntos de conexión previstos para el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil

1º) Primera perspectiva: El Convenio de Roma (1980)

824. El Convenio de Roma señaló que el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil se regiría por la Ley elegida por las partes contratantes (art. 3 CR). Ahora bien, si las partes contratantes no hubieren elegido la Ley aplicable al contrato, éste se regularía por la Ley del país con el que el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil presentara los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). El Convenio de Roma presumía que dicho contrato presentaba los vínculos más estrechos

⁶⁶⁹ L. HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁶⁷⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 435.

con la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 CR). En el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil la parte contratante que lleva a cabo la prestación característica se corresponde con el propietario del establecimiento comercial o empresa transmitida. Ahora bien, en el supuesto de que el contrato careciera de prestación característica o se desprendiera de las circunstancias del asunto que el contrato presentaba una vinculación más estrecha con un país distinto del país de la residencia habitual del prestador característico, la Ley del país más vinculado con el contrato resultaba aplicable (art. 4.5 CR).

825. Ejemplo. El director de la empresa DORTMU, cuya sede administrativa central se encuentra en Alemania, viaja a Bruselas por cuestiones de negocios. La empresa AMBER, con sede administrativa central en Bruselas, presenta graves problemas económicos. Por esta razón, el director de la empresa AMBER pretende la transmisión de la misma a un tercero. El director de la empresa AMBER y el director de la empresa DORTMU celebran, en Bruselas, un contrato de venta de empresa por el que el director de la empresa AMBER se compromete a transmitir la empresa, el trabajo y los derechos y las obligaciones que integran la empresa. El director de la empresa DORTMU queda vinculado a la conservación del personal laboral y de las actividades que desarrolla la empresa en Bélgica y al pago del precio estipulado en el contrato. El contrato de venta de empresa no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable al mismo. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello que establece el contrato, ¿Qué Ley estatal resultará aplicable a éste?

826. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que asume cada parte contratante en función de la Ley del Estado que resulte aplicable:

Tabla núm: 46. Contrato de venta de empresa entre una empresa alemana y una empresa belga. Análisis económico del criterio de la sede de la empresa adquirente en comparación con el criterio de la sede de la empresa transmitida.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la empresa adquirente (Ley alemana)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la empresa transmitida (art. 4.2 CR) y de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley belga)
Empresa AMBER (transmitida)	90	10
Empresa DORTMU (adquirente)	10	50
Total	= 100	= 60

827. Si el contrato de venta de empresa se rige por la Ley del país de la sede de la empresa que adquiere el establecimiento mercantil transmitido, la empresa AMBER soporta costes conflictuales muy elevados, mientras que, la empresa DORTMU sufraga costes mínimos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho alemán, puesto que, ve aplicado su Derecho al contrato.

828. Sin embargo, la aplicación al contrato de venta de empresa de la Ley del país de la sede de la empresa transmitida (art. 4.2 CR) y de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato produce costes conflictuales eficientemente distribuidos entre ambos particulares implicados. De un lado, la empresa AMBER

asume costes conflictuales mínimos en la medida en que el contrato se rige por una Ley cuyo contenido conoce y con la que está acostumbrada a contratar. De otro lado, la empresa DORTMU también es consciente de que la Ley belga puede resultar aplicable al contrato de venta de empresa porque contrata con una empresa belga y celebra y ejecuta el contrato de transmisión en Bélgica. Ahora bien, en este supuesto, el punto de conexión presuntivo recogido en el art. 4.2 CR no es *eficiente per se*, sino que, conduce a una solución *eficiente* desde la perspectiva conflictual porque va acompañado de otros criterios de conexión que convierten a la Ley belga en la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con este contrato de venta de empresa.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

829. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo indicó que el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil se regiría por la Ley que ambas partes contratantes hubieren elegido. Ahora bien, en el supuesto de que los particulares implicados no hubieren elegido la Ley aplicable al contrato, el criterio de la “prestación característica” resultaría aplicable al contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil, puesto que, este contrato ni pertenece al listado de los ocho contratos (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I) ni tampoco se trata de un contrato que responda a una calificación simple. El contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil se corresponde con un contrato complejo en el que las partes contratantes llevaban a cabo prestaciones recíprocas que podrían considerarse todas ellas características. E incluso más, la supresión de la cláusula de excepción puso de manifiesto que el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil se regiría por la Ley del país de la residencia habitual de la parte que llevara a cabo la prestación característica del contrato, con independencia de que esta Ley fuera, o no, la Ley del país con la que el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil presentara los vínculos más estrechos.

830. Ejemplo. El director de la empresa ANSFELD, cuya sede de administración central se encuentra en Austria, también es propietario de la filial BOLON, cuyo domicilio social se halla en Italia. El director de la empresa ANSFELD pretende la venta del establecimiento mercantil BOLON a una empresa de confianza con la finalidad de que ésta lleve a cabo, en Italia, la misma actividad que desarrolla la empresa BOLON. El director de la empresa CRACOV, cuya sede de administración central se halla en Polonia, está interesado en adquirir el establecimiento mercantil BOLON. El director de la empresa ANSFELD y el director de la empresa CRACOV celebran un contrato de venta de establecimiento mercantil por el que la empresa ANSFELD se compromete a transmitir el trabajo y las prestaciones de servicios que lleva a cabo la empresa BOLON. La empresa CRACOV se obliga a desarrollar la actividad en Italia y a pagar el precio estipulado en el contrato a la empresa ANSFELD. En contrato de venta de empresa carece de cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley resulta aplicable al contrato?

831. La tabla siguiente pone de manifiesto el coste conflictual que sufraga cada parte contratante según la Ley que resulte aplicable al contrato:

Tabla núm: 47. Contrato de venta de establecimiento mercantil entre empresa austriaca y empresa polaca. Análisis económico del criterio sede de la empresa transmitente y/o adquirente y el criterio de la sede de la empresa transmitida.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la empresa transmitente (Ley austriaca) (Solución dada por la Propuesta)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la empresa adquirente (Ley polaca)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la empresa transmitida (Ley italiana)
Empresa ANSFELD (transmitente)	10	90	50
Empresa CRACOV (adquirente)	90	10	50
Total	= 100	= 100	= 100

832. En el supuesto de que al contrato de venta de establecimiento mercantil resulte aplicable la Ley del país de la sede de la empresa transmitente y/o de la Ley del país de la sede de la empresa adquirente, la parte contratante que vea aplicado su Derecho al contrato queda favorecida, mientras que, la contraparte sufre, sin razón jurídica justificada, un perjuicio.

833. Por el contrario, en el caso de que al contrato de venta de empresa resulte aplicable la Ley del país de la sede de la empresa transmitida, ambas partes contratantes soportarán costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos. La empresa ANSFELD es consciente de que la Ley italiana puede resultar aplicable al contrato, puesto que, es una Ley que se encuentra dentro de su esfera de dominio legal. La empresa ANSFELD tiene un establecimiento mercantil, BOLON, en Italia. Por esta razón, conoce el Derecho italiano y, además, está acostumbrada a contratar con él. La empresa CRACOV también es consciente de que la Ley italiana puede resultar aplicable a este contrato porque dirige su oferta comercial a Italia. Esta afirmación puede poner de relieve que la Ley italiana también forma parte de la esfera de dominio legal de la empresa CRACOV.

834. El coste total al que se enfrentan las partes contratantes respecto de la celebración de este contrato de venta de empresa es el mismo con independencia de la Ley estatal – austriaca, polaca o italiana – que resulte aplicable al contrato. Sin embargo, la Ley estatal designada por la Propuesta conduce, sin duda, a la aplicación de una Ley que comporta una solución *efectiva* pero también *ineficiente*, lo que puede poner en peligro la celebración del contrato internacional en la medida en que los particulares implicados asumen una carga conflictual desproporcionada. La Propuesta no nos permitía huir de una solución *ineficiente* desde el punto de vista *económico-conflictual*.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

835. El Reglamento “Roma I” establece que el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil se regirá por la Ley elegida por las partes contratantes (art. 3 Reg. Roma I). No obstante, en el supuesto de que las partes no eligieren la Ley aplicable al contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil, éste se regulará por la Ley

del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, puesto que, el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil ni se encuentra en el listado de los ocho contratos (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I) ni sus elementos corresponden a más de una de las letras a) – h) del art. 4.1 Reg. Roma I (art. 4.2 Reg. Roma I). E incluso más, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato de venta de empresa o de establecimiento mercantil presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del país de la residencia habitual del prestador característico, la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil resultará aplicable al mismo (art. 4.3 Reg. Roma I).

836. Ejemplo. El sujeto “A”, de nacionalidad eslovaca y con residencia habitual en el mismo país, es propietario de dos establecimientos mercantiles. Uno de esos establecimientos mercantiles es BARDEJ, con domicilio social en Eslovaquia, y el otro es DEBREC, cuyo domicilio social se encuentra en Hungría. El sujeto “A” pretende la venta del establecimiento mercantil DEBREC. El sujeto “B”, nacional húngaro y con residencia habitual en Hungría, tiene la intención de adquirir una empresa situada en su país y que se halle en excelente situación económica. El sujeto “A” y el sujeto “B” celebran un contrato de venta de empresa por el que el ciudadano “A” se obliga a vender el establecimiento mercantil al sujeto “B”. Y el sujeto “B” queda vinculado a asumir la conservación del personal de trabajo y el mantenimiento de las actividades que actualmente lleva a cabo la empresa durante un período de dos años. El contrato de venta de empresa no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley resultará aplicable al contrato de venta de empresa?

837. La tabla siguiente pone de manifiesto el coste conflictual que asumirá cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato de venta de empresa:

Tabla núm: 48. Contrato de venta de empresa entre sujeto eslovaco y sujeto húngaro. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del transmitente en comparación con el criterio de proximidad.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del transmitente (Ley eslovaca)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la empresa transmitida, del país de la residencia habitual del adquirente, del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley húngara)
Sujeto “A” (transmitente)	10	50
Sujeto “B” (adquirente)	90	10
Total	= 100	= 60

838. La aplicación al contrato de venta de empresa de la Ley del país de la residencia habitual del transmitente comporta costes conflictuales ineficientemente distribuidos entre ambas partes contratantes. El sujeto “A” soportará costes conflictuales mínimos, puesto que, asumirá costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho eslovaco. A *sensu contrario*, la aplicación de la

misma Ley a este contrato produce costes conflictuales muy elevados para el sujeto “B” porque ignora el contenido del Derecho eslovaco.

839. La aplicación al contrato de venta de empresa de la Ley del país de la sede de la empresa transmitida, de la Ley del país de la residencia habitual del adquirente y de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato, que se corresponde con la Ley húngara, produce costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos entre ambas partes contratantes. La Ley húngara coincide con la Ley que ambas partes contratantes tuvieron en mente o debieron haber tenido en mente en el momento de la celebración del contrato. Es una Ley previsible que les comporta, a ambos particulares implicados, costes conflictuales reducidos. Esto es así porque tanto el sujeto “A” – transmitente – como el sujeto “B” – adquirente – conocen perfectamente el contenido del Derecho húngaro y, además, contratan con él con frecuencia. El sujeto “A” es propietario de un establecimiento mercantil cuyo domicilio social se halla en Hungría y el sujeto “B” es nacional húngaro y su residencia habitual, el lugar en el que desarrolla su vida, se encuentra, también, en Hungría.

D) Consideraciones críticas: los contratos que no se encuentran cubiertos el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I y puntos de conexión *eficientes* en el Reglamento “Roma I”

840. El Reglamento “Roma I”, que constituye el sistema aplicable vigente, pone de manifiesto que los contratos que no están cubiertos por el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I o los contratos que correspondan a más de una de las letras a-h) del art. 4.1 Reg. Roma I, se regulan por la Ley del país donde tiene su residencia habitual la parte que realice la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reg. Roma I).

841. La primera pregunta que surge es la siguiente, ¿Cómo se determina la prestación característica en un contrato internacional? La precisión de la prestación característica en una relación contractual se efectúa a partir de la *estructura* del intercambio realizado por las partes. La determinación de la prestación característica en una relación jurídica exige el estudio de la *estructura* del intercambio pretendido por las partes contratantes que se corresponde con la *configuración tipológica del contrato en cuestión* (M. VIRGÓS SORIANO⁶⁷¹). Sin embargo, la afirmación requiere de un complemento. La precisión de la prestación característica en un contrato exige el estudio caso por caso de cuál es la prestación que caracteriza verdaderamente el contrato. En otras palabras, la fijación de la *prestación característica* de un contrato debe realizarse a partir de un análisis de la categoría o *tipo contractual* de que se trate, y no de las *circunstancias fácticas* del contrato⁶⁷². La identificación de la prestación característica respecto de un contrato internacional no debe predeterminarse. Por esta razón, la

⁶⁷¹ M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Madrid, 1996, pp. 5289-5309, esp. p. 5303 “*Característica es la prestación que aporta los rasgos o propiedades capitales del contrato. En este sentido, es la prestación que mejor refleja o resume los fines económicos típicamente perseguidos por las partes*”.

⁶⁷² M. GIULIANO / P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, [DOCE, núm. 327, de fecha 11 diciembre 1992], p. 19; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 518-519.

prestación característica de un contrato se fija en virtud de la investigación, caso por caso, del centro “económico y funcional” del contrato internacional.

842. La segunda pregunta que se plantea es la siguiente, ¿Conduce la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico a un resultado *eficiente* para ambas partes contratantes? En principio, la aplicación al contrato internacional de la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico favorece de forma caprichosa a una de las partes contratantes, el prestador característico, y perjudica notoriamente a la contraparte. En sintonía con ello, la parte favorecida en el contrato es aquella que ve aplicado su Derecho al mismo, puesto que, no tiene que sufragar costes de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a la Ley de ningún Estado. Ahora bien, el beneficio antojadizo a una de las partes contratantes, en detrimento de su contraparte, pone en peligro la celebración del contrato internacional. En consecuencia, la distribución *ineficiente* de los costes conflictuales entre ambos particulares implicados dificulta la celebración de contratos internacionales en la UE, lo que puede generar desequilibrios y obstáculos al correcto funcionamiento del mercado interior⁶⁷³.

843. La aplicación al contrato internacional de la Ley del país de la residencia habitual o de la Ley del país de la sede de una de las partes contratantes comporta costes conflictuales distribuidos ineficientemente entre ambos particulares implicados. La parte contratante cuyo Derecho resulta aplicable al contrato ve favorecida su posición jurídica contractual en perjuicio de su contraparte. En este sentido, el particular que ve aplicado su Derecho al contrato internacional soporta costes mínimos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a su Derecho. *A sensu contrario*, la parte contratante que ve aplicado al contrato un Derecho cuyo contenido desconoce debe asumir costes muy elevados de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a ese Derecho.

844. En este sentido, el criterio “prestación característica”⁶⁷⁴ no es válido *per se*, desde el punto de vista de la *eficiencia* en la esfera de la contratación internacional. El contrato internacional debe regirse por una Ley que resulte previsible para ambas partes contratantes. La Ley que los particulares tuvieron en mente en el momento de la celebración del contrato. La Ley que pertenezca a la esfera de dominio legal de ambos particulares implicados y que les comporte costes conflictuales reducidos. El contrato internacional se regulará por la Ley del país con la que el contrato presente los vínculos más estrechos. La referencia al país de la residencia habitual del prestador característico no comporta, siempre y en todo caso, una aplicación particular del principio de proximidad. Ahora bien, resulta posible que, en determinados supuestos, la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico coincida con la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato internacional. En la mayoría de los casos, esta coincidencia tendrá lugar siempre que el criterio “prestación característica” vaya acompañado de otros criterios, tales como el lugar de celebración y ejecución del contrato, dirigidos a convertirse en la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato internacional.

⁶⁷³ H. MUIR-WATT, “Aspects économiques du droit international privé”, *RCADI*, tomo 307, 2004, pp. 29-383.

⁶⁷⁴ M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, n.º 4, 2004, pp. 2-21.

845. No obstante, el Convenio de Roma permitía aplicar al contrato internacional la Ley del país con el que el contrato presentara los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). El principio de proximidad era el principio rector en el Convenio de Roma. Ahora bien, el Convenio de Roma presumía que el contrato “que no responde a una calificación sencilla” presentaba los vínculos más estrechos con el país en el que la parte que realizara la prestación característica tuviera, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual (art. 4.2 CR). Sin embargo, el Convenio de Roma permitía “escapar” de la presunción en el supuesto de que el contrato presentara vínculos más estrechos con un país distinto del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.5 CR). A diferencia del Convenio de Roma, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales no autorizaba ningún margen de maniobra al Juez. La Propuesta se inspiraba en el principio de automaticidad absoluta. La Ley aplicable al contrato internacional que no perteneciera al listado de los ocho contratos (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I) se correspondía con la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico, siempre y en todo caso, con independencia de los contactos que el contrato presentara con los distintos países. Finalmente, el Reglamento “Roma I” designa la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico como Ley aplicable al contrato internacional que no pertenezca al listado de los ocho contratos (art. 4.2 Reg. Roma I), si bien en el supuesto de que el contrato establezca circunstancias de las que se desprenda *claramente* que el mismo presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con un país distinto del lugar de la residencia habitual del prestador característico, se aplicará la Ley del país más estrechamente vinculado. En este sentido, la activación de la cláusula de excepción (art. 4.3 Reg. Roma I) exige, no sólo que el contrato presente más y más intensos vínculos con un país distinto de los que presenta con el país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I), sino que, los vínculos entre el contrato y el país determinado sean “*manifiestamente más estrechos*” que los que presenta con el país de la residencia habitual del prestador característico y que se desprenda “*claramente*” del conjunto de circunstancias, que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con ese país.

846. En conclusión, la Ley aplicable al contrato internacional no perteneciente al listado de los ocho contratos y designada por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.2 Reg. Roma I, que se corresponde con la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico, no supera el *test de eficiencia*. La aplicación al contrato de la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico genera un intercambio internacional *ineficiente* y muy costoso para ambos particulares implicados. La Ley del país de la residencia habitual del prestador característico favorece caprichosamente a una sola de las partes contratantes: la parte que lleva a cabo la prestación característica en el contrato. Por esta razón, la contraparte deberá asumir costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico. En consecuencia, la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico no constituye la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato, no es una Ley previsible para las partes ni tampoco es una Ley que les comporte a ambos costes conflictuales reducidos.

4. Análisis de la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I

847. La actual cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 Reg. Roma I tiene su antecedente en la cláusula de escape contenida en el art. 4.5 CR. Ahora bien, la cláusula de escape (art. 4.5 CR) y la cláusula de excepción (art. 4.3 Reg. Roma I) no son dos figuras jurídicas idénticas, sino que, cada una de ellas, presenta su individualidad y sus caracteres.

848. La cláusula de escape en el Convenio de Roma (art. 4.5 CR) posibilitaba dos excepciones en las que las normas de conflicto de leyes contenidas en los arts. 4.2, 4.3 y 4.4 CR no resultaban aplicables al contrato internacional⁶⁷⁵: por una parte, la Ley del país de la residencia habitual de la parte contratante que llevaba a cabo la prestación característica del contrato, no resultaría aplicable al mismo en el supuesto de que no pudiese determinarse cuál era la prestación que caracterizaba el contrato internacional. La presunción contenida en el art. 4.2 CR cedía ante la Ley del país con la que el contrato presentaba los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR). Por otra parte, todas las presunciones que acompañaban al principio rector de proximidad (arts. 4.2, 4.3 y 4.4 CR) se desvirtuaban para dejar paso a la aplicación al contrato internacional de la Ley del país con el que el contrato presentaba los vínculos más estrechos, en el caso de que existiera una Ley más estrechamente vinculada con el contrato internacional que la que señalaban las presunciones.

849. Con posterioridad, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) rompía con el sistema anterior y creaba una regulación jurídica contractual novísima fundada, principalmente, en dos reglas: la primera regla consistía en la elaboración de normas de conflicto de leyes que designaban, de manera automática, la Ley aplicable a cada contrato internacional. La segunda regla supuso la eliminación de la cláusula de escape. En consecuencia, el contrato internacional se regía por la Ley del país que designaba la norma de conflicto de leyes contenida en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), con independencia de que esa Ley estatal fuera, o no, la Ley del país con la que el contrato presentaba los vínculos más estrechos.

850. A diferencia de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, el Reglamento “Roma I” incorpora la cláusula de excepción (art. 4.3 Reg. Roma I), si bien lo hace con un marcado carácter excepcional y discrecional. El Reglamento “Roma I” no proporciona instrucciones que faciliten al Juez y a las partes contratantes en qué situaciones y con qué criterios la cláusula de excepción debe activarse.

851. El Reglamento “Roma I” afirma que la cláusula de excepción opera en el supuesto de que del conjunto de circunstancias que rodean el contrato internacional se desprenda, de forma clara, que el contrato internacional presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del señalado por las normas de conflicto de leyes contenidas en los arts. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I. En sintonía con ello, la activación de la cláusula de excepción exige, fundamentalmente, la confirmación de dos

⁶⁷⁵ O. LANDO / P. A. NIELSEN, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, vol. XLV, nº 6, 2008, pp. 1687-1752, esp. p. 1700.

circunstancias⁶⁷⁶: la primera circunstancia encuentra su razón en la noción “claramente”. La exigencia de claridad para la activación de la cláusula de excepción se concreta en su aparición de modo real, efectivo y evidente en el contrato internacional. La segunda circunstancia tiene su fundamento en el criterio “manifiestamente”⁶⁷⁷. Para activar la cláusula de excepción, no es suficiente con que el contrato internacional presente vínculos más estrechos con otro país, sino que, esos contactos se correspondan con vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado por los arts. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I. El vínculo manifiestamente más estrecho es aquél que contiene un fuerte peso específico frente al contacto aparente o casual al que conduce la norma de conflicto de leyes contenida en los arts. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I.

852. La principal semejanza que se aprecia entre el Convenio de Roma y el Reglamento “Roma I” para con la cláusula de escape y la cláusula de excepción se corresponde con el tratamiento procesal de ambas⁶⁷⁸. Ni el Convenio de Roma, ni el Reglamento “Roma I” señalaban quién debía activar la cláusula de escape y/o la cláusula de excepción. En este sentido, dos posturas se contraponían: la primera postura ponía de relieve que el Juez podía activar la cláusula de escape, de oficio, si consideraba que el contrato presentaba vínculos más estrechos con un país distinto del señalado por la normativa. Mientras que, la segunda posición afirmaba que debía ser el particular interesado quien probara al Juez que la cláusula de escape debía activarse, puesto que, el contrato presentaba vínculos más estrechos con un país diferente del indicado en las normas de conflicto de leyes contenidas en la normativa.

853. La principal diferencia que presenta la cláusula de escape y la cláusula de excepción estriba en el concepto “carácter excepcional”. El art. 4.5 CR no se aplicaba con carácter excepcional⁶⁷⁹. La Ley del país con el que el contrato presentaba los vínculos más estrechos señalada en la cláusula de escape contenida en el art. 4.5 CR resultaba aplicable al contrato internacional en el supuesto de que las presunciones contenidas en los arts. 4.2, 4.3 y 4.4 CR cedieran ante el principio de proximidad. Mientras que, la cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 Reg. Roma I exige, que del contrato internacional se desprenda de forma clara, para el Juez y para los particulares implicados, que el contrato no se regula por las normas de conflicto de leyes contenidas en los arts. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I porque el contrato internacional presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del señalado por los artículos precedentes. En consecuencia, la aplicación del art. 4.3 Reg. Roma I presenta carácter excepcional. Sin embargo, el “carácter excepcional” que distingue la cláusula de escape (art. 4.5 CR) y la cláusula de excepción (art. 4.3 Reg. Roma I) pone

⁶⁷⁶ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 de mayo 2008, versión *on line*.

⁶⁷⁷ P. MAYER / V. HEUZE, *Droit international privé*, 10^a édition, Montchrestien, París, 2010.

⁶⁷⁸ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9^a edición, 2008-2009, Comares, Granada pp. 504-505; ID., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 11^a edición, 2010-2011, Comares, Granada, p. 715.

⁶⁷⁹ Art. 4.5 CR: “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”. La literalidad del precepto no pone de relieve que la cláusula de escape presente carácter excepcional.

de manifiesto, entre otras, la ventaja siguiente: la no aplicación de la *Lex fori* por “comodidad judicial”⁶⁸⁰. El tribunal competente para conocer de las cuestiones controvertidas surgidas en el ámbito de la contratación internacional no puede desvirtuar la presunción a favor de la aplicación de la *Lex fori*, en el caso de que la *Lex fori* no se corresponda con la Ley del país con el que el contrato internacional presenta los vínculos más estrechos.

5. Test de eficiencia de los contratos cuya Ley aplicable se determina a través del art. 4.3 Reg. Roma I

854. El análisis, desde la perspectiva de la *eficiencia* conflictual, de los tipos de contratos que encajan en el esquema predeterminado por la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I, se centrará en algunos contratos representativos a título de ejemplo.

A) Contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta carácter temporal o circunstancial

a) Aspectos generales del contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta un carácter temporal o circunstancial

855. La regla general establece que el contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta carácter temporal o circunstancial puede regularse, bien por la Ley del país en el que tiene su sede el prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I), o bien, por la Ley del país de la sede de uno de los particulares implicados (art. 4.1 Reg. Roma I). No obstante, también es muy probable que la sede del prestador característico se encuentre en un Estado que no presente vinculación real con el contrato porque dicha sede sea meramente temporal, circunstancial o haya cambiado a otro país⁶⁸¹. En este supuesto, la aplicación de la Ley del país de la sede temporal o circunstancial del prestador característico puede comportar costes de transacción conflictuales muy elevados para las partes contratantes. Por esta razón, resulta razonable y justificado que opere la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I. Ahora bien, la activación de la cláusula de excepción exige la presencia clara de vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto al país de la sede temporal o circunstancial del prestador característico.

⁶⁸⁰ S. POILLOT-PERUZZETTO, “Le règlement Rome I du 17 juin 2007 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Répertoire Dalloz de Droit communautaire, Cahiers de l’actualité*, n° 5, 2008, pp. 3-11, esp. p. 7.

⁶⁸¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 204.

b) Test de *eficiencia* de los puntos de conexión previstos para el contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta carácter temporal o circunstancial

1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

856. El Convenio de Roma señaló que, en primer lugar y como regla general, el contrato internacional, y en particular, el contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta carácter temporal o circunstancial, se regiría por la Ley del país que las partes hubieren elegido como Ley aplicable al mismo (art. 3 CR). Ahora bien, en el supuesto de que las partes no hubieren elegido la Ley aplicable al contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta carácter temporal o circunstancial, éste se regiría por la Ley del país con la que el contrato presentara los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). En este sentido, el Convenio de Roma establecía presunciones (arts. 4.2 - 4.4 CR) que ayudaban al Juez a precisar la Ley del país que presentaba los vínculos más estrechos con el contrato. El Convenio de Roma presumía que el contrato celebrado con el prestador característico cuya sede constituye carácter temporal o circunstancial se regularía por la Ley del país de la residencia habitual de la parte contratante que ejerciera la prestación característica del contrato (art. 4.2 CR). No obstante, la presunción contenida en el art. 4.2 CR no resultaría aplicable si del conjunto de circunstancias se desprendera que el contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta carácter temporal o circunstancial presentaba los vínculos más estrechos con un país distinto del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.5 CR).

857. Ejemplo. La empresa EINDHOV, cuya sede de administración central se encuentra en Holanda, se dedica a la instalación de sistemas informáticos de alta seguridad. La empresa EINDHOV ha sido contratada para instalar, en el plazo de dos meses, el sistema informático de la Comisión de la Unión Europea en Bruselas. Por esta razón, la empresa EINDHOV abrirá una sede en Bruselas por término de dos meses. La empresa HAARL, también con sede de administración central en Holanda, se dedica al suministro de componentes y accesorios multimedia para empresas de Holanda, Bélgica y Luxemburgo. La empresa EINDHOV y la empresa HAARL celebran un contrato, en Holanda, por el que la empresa HAARL se compromete a suministrar, en Bruselas, a la empresa EINDHOV los accesorios multimedia necesarios para instalar el sistema informático en la Comisión de la Unión Europea. La empresa EINDHOV queda vinculada al pago del precio estipulado en el contrato. El contrato de suministro no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley estatal resultará aplicable al contrato de suministro?

858. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que asumirá cada parte contratante según la Ley – holandesa y/o belga – que resulte aplicable al contrato de suministro:

Tabla núm: 49. Contrato de suministro entre empresa holandesa y empresa belga. Análisis económico del criterio de la sede de la administración central común de ambas partes contratantes en comparación con los criterios sede temporal de la empresa y lugar de ejecución del contrato.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de administración central de ambas partes contratantes y de la Ley del país del lugar de celebración del contrato (Ley holandesa) (art. 4.5 CR)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede temporal de la empresa EINDHOV y de la Ley del país del lugar de ejecución del contrato (Ley belga)
Empresa EINDHOV	10	90
Empresa HAARL	10	70
Total	= 20	= 160

859. Si el contrato de suministro se rige por la Ley del país de la sede de la administración central de ambas partes contratantes y por la Ley del país del lugar de celebración del contrato, Ley holandesa, ambas partes contratantes soportan costes conflictuales mínimos, puesto que, ambas empresas tienen su sede de administración central en Holanda, lo que implica que conocen perfectamente el contenido del Derecho holandés y, además, contratan, frecuentemente, de conformidad con lo en él estipulado. El mínimo coste de transacción conflictual es reflejo del conocimiento y la habituación de utilización del Derecho regulador del contrato y, también, de la garantía de circulación internacional del contrato. Un contrato válido y eficaz en los Estados en los que interesa que surta efectos jurídicos.

860. No obstante, si el contrato de suministro se regula por la Ley del país de la sede temporal de la empresa EINDHOV y por la Ley del país del lugar de ejecución del contrato, Ley belga, ambos particulares implicados sufragan costes conflictuales muy elevados, puesto que, el desconocimiento del contenido del Derecho belga les obliga, a ambos, a informarse y a adaptar su comportamiento jurídico a la Ley de dicho país. La empresa EINDHOV asume costes conflictuales incluso más altos que la empresa HAARL porque su sede en Bélgica es meramente circunstancial, mientras que, la empresa HAARL suministra en Bélgica, con mayor o menor frecuencia, componentes y accesorios multimedia, lo que permite afirmar que es muy probable que dicha empresa conozca, al menos parcialmente, el contenido del Derecho belga.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

861. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales puso de relieve que el contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta carácter temporal o circunstancial se regularía, primeramente, por la Ley del país que las partes hubieren elegido como Ley aplicable al mismo siempre que los particulares implicados hubieren hecho uso de esta facultad. Sin embargo, si ni el contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta carácter temporal o circunstancial, contuviere una cláusula de elección de Ley aplicable ni tampoco se calificare como un contrato perteneciente al listado de los ocho contratos a los que se le asignaba automáticamente una Ley aplicable, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales activaba el criterio “prestación

característica”. La puesta en marcha de la noción “prestación característica” tuvo lugar porque la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales erradicó la cláusula de excepción del régimen jurídico contractual. El concepto “prestación característica” se utilizaba respecto de aquellos contratos internacionales que no respondían a una calificación simple y también para los contratos internacionales en los que las partes proporcionaban prestaciones recíprocas que podían considerarse todas ellas como características.

862. Ejemplo. La Feria Internacional de Turismo, de un mes de duración, se celebra en Viena (Austria). La empresa NITRA, con sede de administración central en Eslovaquia, dirige la promoción turística de Eslovaquia y tiene la intención de participar en la Feria Internacional de Turismo con la finalidad de dar a conocer la cultura y la tradición eslovaca. Por esta razón, la empresa NITRA abre una sede temporal en Viena. La empresa FELDKI, cuya sede de administración central se encuentra en Austria, es una agencia de viajes que acude a la Feria Internacional de Turismo con el objetivo de captar clientes a los que publicitar tras la finalización de la misma. La empresa NITRA y la empresa FELDKI celebran, en Viena, un contrato por el que la empresa FELDKI se obliga a publicitar, en su agencia de viajes en Viena, la cultura y la tradición eslovaca por plazo de un año tras la terminación de la Feria Internacional de Turismo. La empresa NITRA se compromete a facilitar numerosas ofertas y descuentos únicamente para los clientes que contraten a través de la empresa FELDKI. El contrato no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el caso de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley resultará aplicable al contrato?

863. La tabla siguiente pone de manifiesto el coste conflictual que sufrirá cada particular implicado en función de la Ley que resulte aplicable al contrato:

Tabla núm: 50. Contrato de prestación de servicios entre empresa eslovaca y empresa austriaca. Análisis económico del criterio sede de la administración central de una de las partes contratantes en comparación con los criterios de celebración, desarrollo y ejecución del contrato.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de administración central de la empresa NITRA (Ley eslovaca) (¿Solución dada por la Propuesta?)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede temporal de la empresa NITRA, de la Ley del país de la sede de administración central de la empresa FELDKI, de la Ley del país del lugar de celebración y del lugar de ejecución del contrato (Ley austriaca) (¿Solución dada por la Propuesta?)
Empresa NITRA	10	50
Empresa FELDKI	90	10
Total	= 100	= 60

864. La aplicación al contrato de la Ley del país de la sede de administración central de la empresa NITRA, únicamente genera costes conflictuales mínimos para esta empresa, mientras que, produce costes conflictuales muy altos para la empresa FELDKI. No obstante, la aplicación al contrato de la Ley del país de la sede temporal de la empresa NITRA, de la Ley del país de la sede de administración central de la empresa FELDKI, de la Ley del país del lugar de celebración y del lugar de ejecución

del contrato, que se corresponde con la Ley austriaca, es la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato. De una parte, la empresa FELDKI ve aplicado su Derecho al contrato de prestación de servicios. Un Derecho cuyo contenido conoce a la perfección y, además, con el que con frecuencia contrata. De otra parte, la empresa NITRA crea una corriente de comercio dirigida a Viena (*International Stream – Of Commerce*). La empresa NITRA se desplaza a Viena con objeto de contratar con una empresa austriaca, crea una sede temporal en Austria y celebra y ejecuta el contrato en Viena. Por estas razones, la Ley austriaca forma parte de su esfera de dominio legal.

865. Ahora bien, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) exige, en la precisión de la Ley aplicable a este contrato, la determinación de la parte contratante que lleva a cabo la prestación característica del contrato. En consecuencia, si el Juez considera que la empresa NITRA se corresponde con la parte contratante que realiza la prestación característica del contrato, la Ley eslovaca regulará el mismo. Por el contrario, si el Juez estima que la empresa FELDKI es la que ejerce la prestación característica del contrato, éste se regirá por la Ley austriaca.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

866. En primer lugar, el Reglamento “Roma I” establece que el contrato internacional, y, en particular, el contrato celebrado con el prestador característico cuya sede presenta carácter temporal o circunstancial, se rige por la Ley del país que las partes elijan como Ley aplicable al contrato (art. 3 Reg. Roma I). Ahora bien, en segundo lugar y en defecto de elección de Ley aplicable al contrato por las partes contratantes y siempre que el contrato forme parte del listado de los ocho contratos, éste se regula por la Ley del país que el Reglamento “Roma I” le asigne de forma automática (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I. No obstante, en tercer lugar y si el contrato no está cubierto por el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I o los elementos del contrato corresponden a más de una de las letras del art. 4.1 Reg. Roma I, el contrato se rige por la Ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reg. Roma I). E incluso más, en cuarto lugar y si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del señalado por los arts. 4.1 ó 4.2 Reg. Roma I, la Ley del país con el que el contrato se halle más estrechamente vinculado resulta aplicable al contrato (art. 4.3 Reg. Roma I).

867. Ejemplo. La empresa AUVERN, cuya sede de administración central se encuentra en Francia, constituye sedes temporales por plazo no superior a tres meses en Alemania con la finalidad de suministrar a las empresas de tales países sus productos cosméticos naturales. La empresa AUVERN celebra, en Alemania, un contrato de suministro internacional con la empresa TURING. El contrato de suministro dispone que, la empresa AUVERN se comprometa a suministrar a la empresa TURING los cosméticos en el plazo de dos meses en Alemania. La empresa TURING, cuya sede de administración central se encuentra en Alemania, pagará a la empresa AUVERN el precio estipulado en el contrato en el momento de la entrega de tales productos. El contrato de suministro no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable al contrato. En el supuesto de que una de las partes contratantes no cumpla lo establecido en el mismo, ¿Qué Ley estatal resultará aplicable a éste?

Tabla núm: 51. Contrato de suministro entre empresa francesa y empresa alemana. Análisis económico del criterio sede de la administración central del prestador característico en comparación con los criterios del lugar de celebración y ejecución del contrato.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de administración central del prestador característico (Ley francesa) (art. 4.1.b) Reg. Roma I) (art. 4.2 Reg. Roma I)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de administración central del prestador no característico, de la Ley del país de la sede temporal del prestador característico y de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley alemana) (¿art. 4.3 Reg. Roma I?)
Empresa AUVERN	10	50
Empresa TURING	90	10
Total	= 100	= 60

868. En el supuesto de que el contrato de suministro se rija por la Ley del país de la sede de la administración central del prestador característico – Ley francesa –, ambas partes contratantes soportan costes conflictuales desigualmente distribuidos entre ellas. No obstante, en el caso de que el contrato de suministro se regule por la Ley del país de la sede de administración central del prestador no característico, por la Ley del país de la sede temporal del prestador característico y por la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato – Ley alemana –, ambas partes contratantes soportan costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos.

869. En sintonía con ello, la solución designada por el Reglamento “Roma I” puede conducir a una solución *efectiva*, si bien también, *ineficiente* desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual. La pregunta que se plantea puede concretarse en la siguiente ¿Operaría en este supuesto la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I? El Juez competente para conocer de la controversia suscitada entre ambas empresas, debe precisar cuál es la Ley que debe regular el contrato de suministro. El Juez puede considerar, que el contrato de suministro se regula por la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.1.b) Reg. Roma I o art. 4.2 Reg. Roma I). En este sentido, el contrato de suministro se regula por la Ley francesa. O bien, el Juez puede estimar que, se desprende de forma clara, que el contacto que el contrato presenta con la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico es meramente formal o aparente. En este supuesto, el contrato debe regularse por la Ley del país con la que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos. En este caso, el contrato de suministro se regularía por la Ley alemana.

B) Algunos contratos sobre bienes inmuebles

a) Aspectos generales de algunos de los contratos sobre bienes inmuebles

870. En los contratos sobre bienes inmuebles, en el supuesto de que ambos contratantes tengan su residencia habitual en el mismo Estado y éste no se corresponda

con el país de situación del bien inmueble, puede afirmarse que resultará, de modo claro, que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el país de la sede o residencia habitual común de los contratantes que con el país donde el bien inmueble se halla situado⁶⁸².

b) Test de eficiencia de los puntos de conexión previstos para los contratos sobre bienes inmuebles

871. El Convenio de Roma, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Reglamento “Roma I” conceden primacía al principio de la autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito de la contratación internacional. Esta afirmación pone de relieve que, si las partes contratantes eligen la Ley aplicable al contrato, ésta es la Ley por la que el mismo se regula. Sin embargo, en ausencia de elección de Ley aplicable al contrato, éste queda regulado por Leyes distintas en función de que el contrato se rija según lo previsto en el Convenio de Roma, en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales o en el Reglamento “Roma I”.

1º Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

872. El Convenio de Roma establecía que el contrato sobre bienes inmuebles se regiría, en ausencia de cláusula de elección de Ley aplicable, por la Ley del país con la que el contrato presentara los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). Con la finalidad de facilitar la precisión de la Ley del país más vinculado con el contrato sobre bienes inmuebles, el Convenio de Roma señalaba presunciones dirigidas a determinar la Ley del país que presentaba los vínculos más estrechos con el contrato sobre bienes inmuebles. El Convenio de Roma presumía que en el contrato sobre bienes inmuebles, la Ley del país que presentaba los vínculos más estrechos con el mismo se correspondía con la Ley del país en el que estuviera situado el bien inmueble (art. 4.3 CR). Sin embargo, la Ley del país en el que estuviera situado el bien inmueble no resultaría aplicable en el supuesto de que del conjunto de circunstancias se desprendiera que el contrato sobre bienes inmuebles presentaba un vínculo más estrecho con un país distinto del lugar de situación del bien inmueble (art. 4.5 CR). La presunción contenida en el art. 4.3 CR cedía ante el principio de proximidad (art. 4.5 CR).

873. Ejemplo. El sujeto “A”, nacional alemán y con residencia habitual en Alemania, es propietario de un bien inmueble situado Cádiz del que disfruta en verano. Sin embargo, el sujeto “A” no podrá acudir a Cádiz este verano por motivos profesionales. El sujeto “B”, también nacional alemán y con residencia habitual en Alemania, decide pasar sus vacaciones de verano en España. El sujeto “A” arrienda al sujeto “B” el bien inmueble del que es propietario. El sujeto “A” y el sujeto “B” celebran un contrato de arrendamiento de bien inmueble. El sujeto “A” se compromete a arrendar por plazo de dos meses el bien inmueble del que es propietario. El sujeto “B” queda obligado al pago del precio estipulado en el contrato y a la devolución del bien inmueble en las mismas condiciones que lo recibió. El contrato de arrendamiento de

⁶⁸² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 204.

bien inmueble no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley resultará aplicable al contrato de arrendamiento?

874. La tabla siguiente pone de manifiesto el coste conflictual que asumirá cada parte contratante en función de la Ley estatal que resulte aplicable al contrato de arrendamiento.

Tabla núm: 52. Contrato de arrendamiento corto de bien inmueble entre sujetos cuya residencia habitual se encuentra en Alemania. Análisis económico del criterio de la residencia habitual común de ambas partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.

	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble (Ley española) (art. 4.3 CR)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de ambas partes contratantes (Ley alemana) (art. 4.5 CR)
Sujeto "A" (arrendador)	70	10
Sujeto "B" (arrendatario)	90	10
Total	= 160	= 20

875. La aplicación al contrato de arrendamiento de bien inmueble de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble genera costes conflictuales muy elevados para ambas partes contratantes. De un lado, el sujeto "A" conoce, si bien sólo parcialmente, el contenido del Derecho español. El sujeto "A" debió informarse y adaptar su comportamiento jurídico al Derecho español en el momento de la compra del bien inmueble. Ahora bien, el conocimiento parcial del Derecho español y la ausencia de habituación de contratación de conformidad con él, comporta al sujeto "A" costes conflictuales altos. De otro lado, el sujeto "B" también asumirá costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho español, puesto que, es un Derecho cuyo contenido desconoce y con el que nunca ha contratado.

876. No obstante, la aplicación al contrato de arrendamiento de la Ley del país de la residencia habitual de ambas partes contratantes, les comporta, a los dos, costes conflictuales mínimos. El arrendador y el arrendatario ven favorecida su posición jurídica en el contrato en la misma medida. La Ley alemana es una Ley previsible para ambas partes contratantes que se corresponde con la Ley estatal que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. En definitiva, la Ley del país de la residencia habitual de ambos particulares implicados coincide con la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con este contrato de arrendamiento de bien inmueble.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento "Roma I" (2005)

877. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales puso de manifiesto que el contrato sobre bien inmueble se regiría, en defecto de elección de Ley aplicable por las partes contratantes, por la Ley del país donde estuviera situado el bien inmueble, siempre que dicho contrato tuviera por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un

bien inmueble. En particular, si el contrato de arrendamiento de un bien inmueble se celebrara con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos, éste se regiría por la Ley del país donde el propietario tuviera su residencia habitual, siempre que el arrendatario fuera una persona física y tuviera su residencia habitual en ese mismo país. Además, la eliminación de la cláusula de excepción indicó que las Leyes señaladas con anterioridad resultarían aplicables al contrato sobre bienes inmuebles con independencia de las circunstancias que incidieren en el asunto y aún cuando la Ley asignada fuere, o no, la Ley del país con la que el contrato sobre bienes inmuebles presentara los vínculos más estrechos.

878. Ejemplo. El sujeto “A”, nacional italiano y con residencia habitual en Italia, es propietario, desde hace un año, de un bien inmueble situado en Austria. El sujeto “B”, también nacional italiano y con residencia habitual en Italia, debe trasladarse a Austria por motivos profesionales. El sujeto “B” busca residencia en Austria, puesto que, su contrato laboral le obliga a permanecer en dicho país durante cinco años. El sujeto “A” y el sujeto “B” celebran un contrato de venta de bien inmueble. El sujeto “A” queda obligado a la entrega del bien inmueble en la fecha y condiciones estipuladas en el contrato. El sujeto “B” debe pagar el precio al sujeto “A”. El contrato de compraventa de bien inmueble no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes no cumpla lo establecido en el contrato, ¿Qué Ley estatal resultará aplicable al mismo?

879. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que sufragará cada parte contratante según la Ley – austriaca o italiana – que resulte aplicable al contrato de venta de bien inmueble.

Tabla núm: 53. Contrato de compraventa de bien inmueble situado en Austria entre sujetos italianos. Análisis económico del criterio de la residencia habitual común de ambas partes contratantes en comparación con el criterio de situación del bien inmueble.

	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble (Ley austriaca) (Solución dada por la Propuesta)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de ambas partes contratantes (Ley italiana)
Sujeto “A” (vendedor)	70	10
Sujeto “B” (comprador)	90	10
Total	= 160	= 20

880. El punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes contenida en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) produce costes conflictuales elevados para ambas partes contratantes, puesto que, en este caso, el lugar de situación del bien inmueble no se corresponde con un punto de conexión *eficiente* desde la perspectiva conflictual. El problema para los particulares implicados en la celebración de este contrato internacional surge, no sólo con el litigio, sino también con la Ley reguladora del contrato. La Propuesta no deja, ni al Juez ni a las partes contratantes, excepcionar una solución *ineficiente* desde el punto de vista *económico – conflictual*, lo que pone en peligro la celebración de éste y de los futuros contratos que puedan surgir.

881. Sin embargo, la aplicación al contrato de la venta de bien inmueble de la Ley del país de la residencia habitual de ambos particulares implicados comporta, para ambas partes contratantes, costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos entre ambas, puesto que, es la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

882. El Reglamento “Roma I” establece que el contrato sobre bienes inmuebles se regula, en el supuesto de que las partes contratantes no hayan elegido la Ley aplicable al mismo, por la Ley del país donde esté sito el bien inmueble si el contrato tiene por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble (art. 4.1.c) Reg. Roma I). O bien, por la Ley del país donde el propietario tiene su residencia habitual si el arrendamiento del bien inmueble se celebra con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país (art. 4.1.d) Reg. Roma I). No obstante, el contrato sobre inmuebles se regula por la Ley del país con la que el contrato presenta los vínculos manifiestamente más estrechos si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato sobre inmuebles presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los arts. 4.1. c-d) Reg. Roma I (art. 4.3 Reg. Roma I).

883. Ejemplo. El sujeto “A”, nacional portugués y con residencia habitual en España desde hace más de cinco años, ha sido el ganador del sorteo de un bien inmueble situado en Niza (Francia). El sujeto “B”, nacional español y con residencia habitual en España, ha solicitado un año de excedencia para reciclarse profesionalmente y cursar un master en Francia. El sujeto “A” y el sujeto “B” celebran un contrato de arrendamiento por el que el sujeto “A” se compromete a arrendar al sujeto “B” el bien inmueble en la fecha y según las condiciones pactadas en el contrato. El sujeto “B” queda obligado a pagar al sujeto “A” el precio convenido. El contrato de arrendamiento de bien inmueble no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable al contrato. En el caso de que una de las partes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley resultará aplicable al mismo?

884. La tabla siguiente pone de manifiesto el coste conflictual que asume cada parte contratante en función de la Ley estatal que resulte aplicable al contrato de arrendamiento.

Tabla núm: 54. Contrato de arrendamiento largo de bien inmueble situado en Francia entre sujetos con residencia habitual en España. Análisis económico del criterio de la residencia habitual común de ambas partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la nacionalidad del arrendador (Ley portuguesa)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de ambas partes contratantes (Ley española) (¿art. 4.3 Reg. Roma I?)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble (Ley francesa) (art. 4.1.c) Reg. Roma I)
Sujeto "A" (arrendador)	10	10	100
Sujeto "B" (arrendatario)	90	10	100
Total	= 100	= 20	= 200

885. Si al contrato de arrendamiento de bien inmueble resulta aplicable la Ley del país de la residencia habitual de ambas partes contratantes, éstas asumirán costes conflictuales mínimos y eficientemente distribuidos entre ambos particulares implicados, puesto que, la Ley del país de la residencia habitual de ambas partes contratantes se corresponde con la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato. Es la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. Una Ley previsible para ambas partes contratantes que les comporta costes conflictuales mínimos. Esta solución a la que conduciría, en su caso, la aplicación de la cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 Reg. Roma I constituye una solución constitucionalmente ajustada, puesto que, respeta la tutela judicial efectiva al constituir un coste razonable para los particulares implicados.

886. No obstante, la aplicación al contrato de arrendamiento de bien inmueble de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble genera costes conflictuales muy altos para ambas partes contratantes. El sujeto "A" y el sujeto "B" asumen costes muy elevados de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho francés, puesto que, es un Derecho cuyo contenido desconocen y con el que no han contratado nunca. Por esta razón, la Ley francesa constituye una Ley imprevisible para las partes contratantes que les comporta costes conflictuales muy altos. Ni el sujeto "A" ni el ciudadano "B" han tenido contacto con la Ley francesa. Por estas razones, si la Ley estatal designada por la norma de conflicto se corresponde con la Ley de un país que no presenta conexión con el contrato internacional, la tutela judicial efectiva puede resultar, con frecuencia, penalizada. En tal caso, la norma de conflicto de leyes sería inconstitucional porque conduciría a una solución que no sería *efectiva*, sino que, generaría una carga conflictual desmesurada y desproporcionada para ambos particulares implicados.

C) Contratos íntegramente ejecutados en “mercados regulados”

a) Aspectos generales de los contratos íntegramente ejecutados en “mercados regulados”

887. Los Estados y las empresas intervienen en el suministro, el precio y la producción de los productos en los mercados regulados. En este sentido, los contratos ejecutados en Bolsas, subastas y otros mercados regulados presentan una vinculación muy estrecha con el país en el que radica el “mercado regulado”. Los sujetos que acuden y participan en dichos mercados regulados son conscientes de que deben operar con arreglo a las Leyes que rigen dichos mercados multilaterales. Por esta razón, la Ley del lugar de situación de dichos mercados regulados, que suele coincidir con la Ley estatal que rige el funcionamiento interno de tales mercados, se corresponde con la Ley del país que presenta, de modo claro, vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato⁶⁸³.

b) Test de *eficiencia* de los puntos de conexión previstos para el contrato íntegramente ejecutado en “mercado regulado”

1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

888. El Convenio de Roma indicaba que el contrato internacional íntegramente ejecutado en “mercado regulado” se regía por la Ley del país que las partes contratantes hubieren elegido como Ley aplicable al mismo (art. 3 CR). No obstante, en ausencia de elección de Ley aplicable por los particulares implicados, el Convenio de Roma se inspiraba en el principio de proximidad. En este sentido, el contrato íntegramente ejecutado en “mercado regulado” se regularía por la Ley del país con el que dicho contrato presentara los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). Con objeto de facilitar la precisión de la Ley del país que presentara los vínculos más estrechos con el contrato, el Convenio de Roma presumía que el contrato presentaba los vínculos más estrechos con la Ley del país en el que la parte que debiera realizar la prestación característica tuviere, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual, o si se tratase de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central (art. 4.2 CR). Ahora bien, en el supuesto de que la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico no se correspondiera con la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato íntegramente ejecutado en un “mercado regulado”, la presunción contenida en el art. 4.2 CR se desvirtuaba a favor de la Ley del país con la que el contrato presentaba los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR).

889. Ejemplo. El sujeto “A”, nacional francés y con residencia habitual en Francia, se desplaza a Finlandia para adquirir un lienzo de Totte Mannes que sacará a subasta la empresa KUOPIO. El sujeto “A” y la empresa KUOPIO celebran un contrato, en Finlandia, por el que la empresa KUOPIO queda vinculada a la entrega del lienzo en perfectas condiciones y a garantizar la autenticidad del mismo y el sujeto “A” debe pagar el precio estipulado en el contrato. El contrato de compra de bienes mediante

⁶⁸³ L.F. CARRILLO POZO, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46, esp. pp. 21 y 25.

subasta no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable. En este sentido, si una de las partes no cumple aquello que establece el contrato, ¿Qué Ley resultará aplicable al mismo?

890. La tabla siguiente pone de manifiesto el coste conflictual que asumirá cada parte contratante según la Ley estatal que resulte aplicable al contrato de venta de bienes mediante subasta.

Tabla núm: 55. Contrato de venta de bien en subasta pública. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de una parte contratante en comparación con el criterio lugar de celebración de la subasta.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la nacionalidad y del país de la residencia habitual del comprador del bien (Ley francesa)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede del vendedor del bien, del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley finlandesa) (art. 4.5 CR)
Sujeto "A" (Francés)	10	50
Empresa KUOPIO (Finlandesa)	90	10
Total	= 100	= 60

891. En el supuesto de que el contrato de venta de bien en subasta se rija por la Ley del país de la nacionalidad y por la Ley del país de la residencia habitual del comprador del bien, las partes contratantes se encuentran en una situación de desequilibrio en la esfera de los costes conflictuales. Sin embargo, si el contrato de venta de bien en subasta se rige por la Ley del país de la sede del vendedor, por la Ley del país del lugar de celebración de la subasta y por la Ley del país del lugar de ejecución del contrato, ambas partes contratantes asumen costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos. El sujeto francés tiene en mente la aplicación de la Ley finlandesa al contrato de venta de bien en subasta, puesto que, se desplaza a Finlandia con la única intención de adquirir el bien en dicho país, celebra el contrato en Finlandia y, además, la ejecución del contrato también tiene lugar en Finlandia. La empresa KUOPIO, cuya sede se encuentra en Finlandia, también se beneficia de la aplicación de la Ley finlandesa al contrato, puesto que, conoce perfectamente el contenido de su Ley y, además, está acostumbrada a contratar con ella.

892. En sintonía con ello, la Ley del país del "mercado regulado" en el que se ejecuta íntegramente el contrato constituye un punto de conexión *eficiente* en la esfera de los costes conflictuales. En particular, la celebración de una subasta implica la participación de un número elevado de pujadores de distinta nacionalidad y residencia habitual. Ahora bien, el sujeto que se desplaza al lugar de celebración de la subasta es consciente de que debe aceptar y obedecer las "reglas de la subasta", si bien éstas no tienen que coincidir con las "reglas del contrato".

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento "Roma I" (2005)

893. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales señalaba que, en primer lugar, el

contrato internacional se regiría por la Ley del país elegida por las partes contratantes. En segundo lugar, en ausencia de elección de Ley aplicable al contrato y si éste no encajaba en la calificación dada por el listado de los ocho contratos, el contrato íntegramente ejecutado en “mercado regulado” se regía por la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales conservó el criterio “prestación característica” para aquellos contratos que no respondieran a una calificación simple. La noción “prestación característica” se utilizaba, por parte de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, para aquellos contratos internacionales en los que los particulares implicados llevaran a cabo prestaciones recíprocas, siempre que todas ellas pudieran considerarse como prestaciones características.

894. Ejemplo. La empresa HAVRE, cuya sede de administración central se encuentra en Francia, ha generado más emisiones de gases del límite máximo que se le ha asignado. La empresa MAGDEBUR cuya sede de administración central se halla en Alemania, no ha superado su límite de emisión de gases. La empresa MAGDEBUR tiene una cuota de emisiones disponibles para vender. El director de la empresa HAVRE celebra un contrato con el director de la empresa MAGDEBUR en el Mercado regulado de Carbono situado en Italia por el que la empresa HAVRE adquiere a la empresa MAGDEBUR las cuotas de emisiones de gases que ésta tiene disponibles. La empresa HAVRE paga el precio estipulado en el contrato. El contrato carece de una cláusula de elección de Ley aplicable. En consecuencia, si una de las partes no cumple aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley estatal resultará aplicable al mismo?

895. La tabla siguiente indica el coste conflictual que soporta cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato:

Tabla núm: 56. Contrato de venta de emisión de gases en el Mercado regulado de Carbono. Análisis económico del criterio sede de la empresa adquirente y/o vendedora en comparación con el criterio del lugar del Mercado regulado.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la empresa adquirente (Ley francesa)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la empresa vendedora (Ley alemana) (Solución dada por la Propuesta)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar del Mercado regulado (Ley italiana)
Empresa HAVRE	10	90	50
Empresa MAGDEBUR	90	10	50
Total	= 100	= 100	= 100

896. La aplicación al contrato íntegramente ejecutado en Mercado regulado de la Ley del país de la sede de cualquiera de las partes contratantes genera costes conflictuales muy altos para una sola de las partes contratantes, mientras que, también produce costes conflictuales mínimos para la contraparte. No obstante, si el contrato se regula por la Ley del país del lugar en el que se encuentra el mercado regulado, la Ley italiana, ambas partes contratantes afrontan costes conflictuales reducidos y distribuidos

eficientemente entre ellas. El país del lugar en el que se encuentra el mercado regulado constituye un punto de conexión neutro que beneficia y/o perjudica en la misma manera a ambos particulares implicados.

897. En sintonía con ello, el coste conflictual total que asumen las partes contratantes para con las cuestiones suscitadas por la celebración del contrato es idéntico, con independencia de cual fuere la Ley estatal – francesa, alemana e italiana – que resulte aplicable al contrato. Por esta razón, cualquiera de estas soluciones conflictuales respeta el principio de proximidad, es *efectiva* y, por tanto, constitucional. Ahora bien, no toda solución conflictual *efectiva* es *eficiente*. En este caso, la Ley del país del lugar en el que se encuentra el Mercado regulado constituye la solución conflictual más *eficiente* entre las posibles soluciones *efectivas*.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

898. El Reglamento “Roma I” afirma que el contrato íntegramente ejecutado en “mercado regulado” se rige por la Ley del país elegida por las partes contratantes (art. 3 Reg. Roma I). En ausencia de elección de Ley aplicable por los particulares implicados, el contrato íntegramente ejecutado en “mercado regulado” se rige por la Ley del país del lugar donde se celebre la subasta siempre que éste pueda ser determinado (art. 4.1.g) Reg. Roma I). Ahora bien, el Reglamento “Roma I” únicamente hace mención expresa de la subasta y no se refiere a ningún otro tipo de “mercado regulado”. En consecuencia, si el contrato internacional se ejecuta íntegramente en una Bolsa o en otro mercado regulado distinto de la subasta, la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico regula el mismo (art. 4.2 Reg. Roma I). E incluso más, si del conjunto de circunstancias se desprende, de forma clara, que el contrato íntegramente ejecutado en “mercado regulado” presenta vínculos manifiestamente más estrechos con la Ley de un país distinto del señalado con anterioridad, la Ley del país que presente los vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato íntegramente ejecutado en “mercado regulado” resulta aplicable al mismo (art. 4.3 Reg. Roma I).

899. Ejemplo. El sujeto “A”, empleado de la empresa DÜSSELD cuya sede de administración central se halla en Alemania, y el sujeto “B”, trabajador de la empresa COLLEGN cuya sede de administración central se encuentra en Italia, son corredores de bolsa en la bolsa de Madrid cuya misión consiste en la celebración de contratos bursátiles. El sujeto “A” y el sujeto “B” celebran un contrato bursátil en la bolsa de Madrid, por el que el sujeto “A” queda vinculado a la transmisión al sujeto “B” de la titularidad de cierto número de títulos. El sujeto “B” se encuentra obligado al pago al sujeto “A” de su cotización vigente en el momento de su celebración. El contrato bursátil carece de una cláusula de elección de Ley aplicable al contrato. En el supuesto de que una de las partes contratantes no cumpla aquello que establece el contrato, ¿Qué Ley resultará aplicable al mismo?

900. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que asumirá cada parte contratante según la Ley que resulte aplicable al contrato internacional íntegramente ejecutado en “mercado regulado”.

Tabla núm: 57. Contrato bursátil celebrado en Madrid entre empresa alemana y empresa italiana. Análisis económico del criterio sede de la administración central de la empresa de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de celebración y ejecución del contrato.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de administración central de la empresa DÜSSELD (Ley alemana)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de administración central de la empresa COLLEGN (Ley italiana)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de celebración del contrato (Ley española) (¿art. 4.3 Reg. Roma I?)
Sujeto "A" (Alemania)	10	90	50
Sujeto "B" (Italia)	90	10	50
Total	= 100	= 100	= 100

901. Si el contrato internacional de íntegra ejecución en la bolsa se rige por la Ley del país de la sede de administración central de la empresa de cualquiera de los comisionistas de bolsa, ambas partes contratantes deberán asumir costes conflictuales desigualmente distribuidos. La aplicación de esta Ley – alemana o italiana – al contrato internacional íntegramente ejecutado en “mercado regulado” favorece de forma caprichosa la posición del comisionista que vea aplicado su Derecho al contrato. Mientras que, la aplicación de la misma Ley al mismo contrato perjudica de forma antojadiza al corredor cuyo Derecho no resulte aplicable al contrato. Sin embargo, la aplicación de la Ley del país del lugar de celebración del contrato, la Ley española, al contrato internacional íntegramente ejecutado en la Bolsa comporta costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos entre ambas partes contratantes. La Ley española se corresponde con una Ley previsible para los particulares implicados, puesto que, ambos sujetos desarrollan su actividad ordinaria en la Bolsa de Madrid. La Ley del país del lugar del “mercado regulado” es la Ley que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato que se ejecute íntegramente en un “mercado regulado”.

902. En este sentido, ¿Operará, o no, la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I? El Juez competente para entrar a conocer del litigio dispone de dos opciones: la primera consiste en aplicar a este contrato bursátil la Ley del país de la sede de la administración central de la empresa DÜSSELD, por ser esta empresa la que lleva a cabo la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reg. Roma I). La segunda opción consiste en aplicar a este mismo contrato internacional la Ley del país del lugar de celebración del contrato, si bien, únicamente en el supuesto de que el Juez estime que se desprende en el contrato, de forma clara, que el mismo presenta vínculos manifiestamente más estrechos con la Ley española que con la Ley alemana. Y que, además, el contacto que el contrato presenta con Alemania no es real, sino, puramente formal y aparente. La decisión que adopte el Juez para con la fijación de la Ley estatal reguladora del contrato puede favorecer y/o perjudicar a las partes contratantes y, con ello, puede penalizar el comercio internacional y poner en riesgo la celebración de futuros contratos.

D) Contratos accesorios

a) Aspectos generales de los contratos accesorios

903. El contrato accesorio es aquel contrato que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal. El contrato accesorio no puede subsistir en el supuesto de que no exista un contrato principal, puesto que, el contrato accesorio depende de la existencia del contrato principal. En particular, los contratos de garantía se consideran contratos accesorios. En el comercio internacional, el desarrollo de la función de garantía presenta especial complejidad debido a la pluralidad de contactos que el contrato internacional presenta con los distintos países. La función de la garantía consiste en reducir, para las partes contratantes, los perjuicios económicos que pudiera ocasionar el incumplimiento del contrato principal. En sintonía con ello, la garantía no cumple su función en el supuesto de que no pueda asegurar a los particulares implicados la ejecución forzosa del contrato en el país del deudor⁶⁸⁴.

b) Test de *eficiencia* de los puntos de conexión previstos para el contrato accesorio

1º Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

904. El contrato de fianza⁶⁸⁵ es un contrato accesorio de un contrato principal que le sirve de fundamento para existir. De conformidad con lo que señalaba el Convenio de Roma, si las partes contratantes no elegían la Ley aplicable al contrato de fianza (art. 3 CR), éste se regulaba por la Ley del país con el que el contrato de fianza presentaba los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). El Convenio de Roma presumía que el contrato de fianza presentaba los vínculos más estrechos con la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 CR). La pregunta que puede surgir es la siguiente, ¿Quién es la parte que realiza la prestación característica en el contrato de fianza? Del contrato de fianza surgen dos obligaciones que implican el nacimiento de diferentes relaciones jurídicas entre los particulares implicados en el contrato principal: la primera obligación se corresponde con la que nace del contrato principal o garantizado y la segunda obligación forma parte del contrato accesorio o de garantía. En sintonía con ello, la relación entre el acreedor, el deudor y el fiador consiste en el cumplimiento, por parte del fiador, de la obligación principal que el deudor incumpliere. En consecuencia, la determinación de la parte contratante que lleva a cabo la prestación característica en el contrato de fianza resulta compleja. Por esta razón, el Convenio de Roma permitía que, en el supuesto de que el contrato de fianza careciera

⁶⁸⁴ P. CANEDO ARRILLAGA, “Contratos internacionales de garantía” en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Curso de Contratación Internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 271-299, esp. pp. 271-273.

⁶⁸⁵ I. C. CASANUEVA SÁNCHEZ, “El contrato de fianza en los ordenamientos jurídicos italiano y español”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 17, 1999, pp. 613-632; A. ORTÍ VALLEJO, “El contrato de fianza” en F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA (COORDS.) *Curso de derecho civil*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 683-701; F. VALENZUELA GARACH, “El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales” en M. MUÑOZ CERVERA / U. NIETO CAROL (COORDS.) *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 421-466.

de prestación característica o su precisión resultare difícil, se regulara por la Ley del país con el que el contrato presentare los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR)

905. Ejemplo. Un ciudadano “A”, nacional español y con residencia habitual en Francia, solicita un préstamo a un banco francés para abrir un pequeño comercio en territorio francés. El ciudadano español celebra, en Francia, un contrato de préstamo con un banco francés por el que el banco francés le presta doscientos mil euros que deberá devolver, con los intereses estipulados en el contrato, en el plazo de diez años. El contrato de préstamo contiene una cláusula adicional que afirma que, el ciudadano “B”, nacional español y con residencia habitual en España, queda obligado frente al acreedor al pago de la cantidad prestada una vez finalizado el plazo previsto en el contrato en el supuesto de que el deudor principal incumpliera su parte. El contrato de préstamo con cláusula adicional de fianza carece de Ley elegida por los particulares implicados. En consecuencia, si una de las partes contratantes no cumple lo que el contrato establece, ¿Cuál es la Ley estatal aplicable al mismo?

906. La tabla siguiente establece el coste conflictual que asume cada parte contratante en función de la Ley que resulte aplicable al contrato de préstamo con cláusula adicional de fianza.

Tabla núm: 58. Contrato de préstamo con cláusula adicional de fianza. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del fiador en comparación con el criterio lugar de ejecución del contrato.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la nacionalidad del prestatario y de la Ley del país de la nacionalidad y de la residencia habitual del fiador (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede del prestador, de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley francesa) (art. 4.5 CR)
Ciudadano “A” (prestatario)	10	20
Banco francés (prestamista)	90	10
Ciudadano “B” (fiador)	10	70
Total	= 110	= 100

907. Si el contrato de préstamo se rige por la Ley del país de la nacionalidad del prestatario y por la Ley del país de la nacionalidad y de la residencia habitual del fiador, sólo los particulares de origen español o cuya residencia habitual se encuentre en España sufragan costes conflictuales mínimos. Sin embargo, la contraparte, el banco francés, ve perjudicada su posición en el contrato de préstamo en el caso de que la Ley española regule el mismo. En consecuencia, la aplicación al contrato de préstamo de la Ley española produce costes ineficientemente distribuidos entre las partes contratantes y pone en peligro la celebración del contrato internacional.

908. Ahora bien, el contrato de préstamo celebrado entre el banco francés y el ciudadano “A” genera costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos entre ambas partes contratantes sólo en el caso de que la Ley francesa resulte aplicable al mismo. Por una parte, el ciudadano “A” es consciente de que la Ley francesa puede resultar aplicable al contrato, puesto que, el ciudadano “A” reside habitualmente en Francia, celebra un contrato de préstamo en Francia con una entidad bancaria francesa, desea abrir un comercio en territorio francés y, además, la ejecución del contrato de

préstamo también tiene lugar en Francia. En este sentido, la Ley francesa forma parte de la esfera de dominio legal del ciudadano “A”. Por otra parte, el banco francés asume costes mínimos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho francés, puesto que, es su Derecho el que regula el contrato de préstamo.

909. No obstante, el contrato de préstamo, que es el contrato principal, prevé una cláusula adicional de fianza, que actúa como contrato accesorio, por la que el ciudadano “B” queda vinculado al pago al banco francés de la cantidad que éste prestó al ciudadano “A” en el supuesto de que el ciudadano “A” no cumpla con su obligación contractual. En este sentido, ¿Se corresponde la Ley francesa con una Ley previsible para el ciudadano “B” en la celebración del contrato de fianza? De un lado, el ciudadano “B” es consciente de que la Ley francesa puede resultar aplicable al contrato de fianza, puesto que, se traslada a Francia con la única intención de firmar el contrato, en Francia y ante la entidad bancaria francesa, para avalar a un ciudadano español cuya residencia habitual se encuentra en Francia y que, además, pretende abrir un comercio en territorio francés. Si bien, de otro lado, el ciudadano “B” desconoce el contenido del Derecho francés y no contrata, con frecuencia, de conformidad con él. En este sentido, si la Ley francesa resulta aplicable al contrato de fianza, el ciudadano “B” asumirá costes medios de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho francés.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

910. El contrato de hipoteca inmobiliaria también es un contrato accesorio⁶⁸⁶ cuyo objeto consiste en un acuerdo por el que se constituye una garantía real de realización de valor sobre un bien inmueble que confirma la satisfacción de un crédito. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales establecía que el contrato de hipoteca inmobiliaria se rigiera, en ausencia de elección de Ley aplicable por las partes contratantes, por la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble, puesto que, el bien inmueble siempre se encuentra ligado al cumplimiento de la obligación con independencia de quien ostente su titularidad.

911. Ejemplo. El ciudadano “A”, nacional alemán y con residencia habitual en Alemania, es propietario de un bien inmueble gravado con hipoteca situado en Holanda. El ciudadano “B” también nacional alemán y residente habitual en Alemania desea adquirir el bien inmueble del que es titular el ciudadano “A”. El ciudadano “A” y el ciudadano “B” celebran, en Alemania, un contrato de compraventa de bien inmueble por el que el ciudadano “A” entregará al ciudadano “B” el bien inmueble en las condiciones y en el plazo estipulado. A cambio, el ciudadano “B” pagará el precio pactado en el contrato. El contrato de compraventa de bien inmueble carece de una cláusula de elección de Ley aplicable. En consecuencia, si una de las partes contratantes no cumple aquello que dispone el contrato, ¿Qué Ley resultará aplicable al mismo?

⁶⁸⁶ F. P. BLASCO GASCÓ, *La hipoteca inmobiliaria y el crédito inmobiliario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; N. I. MORALEJO IMBERNÓN, *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Cizur (Menor): Aranzadi, 2010; M. YSÀS I SOLANES, “Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo”, *Derecho de los negocios*, Año nº 4, nº 34-35, 1993, pp. 1-19.

912. La tabla siguiente indica los costes conflictuales que sufragarán los particulares implicados según la Ley que resulte aplicable al contrato de compraventa de bien inmueble gravado con hipoteca.

Tabla núm: 59. Contrato de compraventa de bien inmueble gravado con hipoteca. Análisis económico del criterio de la residencia habitual común de ambas partes contratantes en comparación con el criterio de situación del bien inmueble.

	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble (Ley holandesa) (Solución dada por la Propuesta)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de ambas partes contratantes, de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley alemana)
Ciudadano "A" (vendedor)	70	10
Ciudadano "B" (comprador)	90	10
Total	= 160	= 20

913. La aplicación al contrato de compraventa de bien inmueble gravado con hipoteca de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble comporta costes conflictuales muy elevados para ambos particulares implicados. Tanto el ciudadano "A" como el ciudadano "B" desconocen el contenido del Derecho español y, además, no están habituados a contratar con él. No obstante, las partes contratantes soportan costes conflictuales mínimos en el caso de que el contrato de compraventa de bien inmueble gravado con hipoteca se rija por la Ley del país de la residencia habitual de ambos particulares implicados. El ciudadano "A" y el ciudadano "B", nacionales alemanes y con residencia habitual en Alemania, conocen el Derecho alemán a la perfección y contratan con él con frecuencia.

914. Sin embargo, la erradicación de la cláusula de excepción por parte de la Propuesta, conduce inevitablemente a una solución conflictual *efectiva*, si bien, no *eficiente*. Esta situación puede penalizar el comercio internacional porque es muy probable que los particulares implicados decidan no celebrar futuros contratos, puesto que, tendrán que asumir costes conflictuales muy elevados.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento "Roma I" (2008)

915. El contrato de garantía a primera demanda es un contrato accesorio⁶⁸⁷ por el que una entidad financiera garantiza al acreedor en una relación jurídica comercial que el deudor de la prestación cumplirá de forma efectiva su parte en el contrato. La entidad financiera asume la carga firme e irrevocable de pagar en la primera solicitud que ejercite el beneficiario. En este sentido, en el supuesto de que el deudor principal no cumpla aquello que establece el contrato principal, la entidad financiera debe pagar al acreedor principal la cantidad pactada en su primera solicitud. En principio, este tipo de

⁶⁸⁷ I. RODRÍGUEZ DÍAZ, "En torno a la garantía a primera demanda", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 22, nº 90, 2003, pp. 7-52; S. SERRANO ESCRIBANO, "La garantía a primera demanda", *Cuadernos de estudios empresariales*, nº 9, 1999, pp. 281-297; R. XUCLÁ COMAS / R. M. POMÉS GUSPÍ, "La llamada garantía a primer requerimiento o a primera demanda", *Palestra Universitaria*, nº 14, 2001, pp. 47-71.

garantías serán otorgadas por entidades financieras de gran solvencia en el mercado internacional. En consecuencia, el contrato de garantía a primera demanda genera un contrato independiente de la transacción principal, en el que el banco garante asegura al beneficiario el pago del importe garantizado a la primera demanda de éste, sin que quepa ningún recurso ni se exija ninguna prueba de que el obligado principal ha incumplido el contrato que dio origen a la garantía.

916. En consonancia con ello, el Reglamento “Roma I” pone de relieve que, en ausencia de elección de Ley aplicable por los particulares implicados al contrato de garantía a primera demanda (art. 3 Reg. Roma I), éste se regula por la Ley del país de la residencia habitual de la entidad financiera garante, puesto que, es la parte contratante que lleva a cabo la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reg. Roma I). Ahora bien, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato de garantía a primera demanda presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del país de la residencia habitual de la entidad financiera garante, el país con el que el contrato de garantía a primera demanda presente los vínculos manifiestamente más estrechos resulta aplicable al mismo (art. 4.3 Reg. Roma I).

917. Ejemplo. La entidad financiera WIESBAD, cuya sede de administración central se encuentra en Alemania, es una entidad financiera solvente. La empresa ASSESS, cuya sede de administración central y única se encuentra en Bélgica, celebra, en Bélgica, un contrato de *commercial engineering* con la empresa DINAND, cuya sede de administración central se encuentra también en Bélgica. La entidad financiera WIESBAD garantiza a la empresa ASSESS, que si la empresa DINAND no cumple lo estipulado en el contrato entre ambas, la entidad financiera WIESBAD pagará a la empresa ASSESS, en su primera demanda, la cantidad que en el contrato se hubiere pactado. En el caso de que una de las partes contratantes no cumpliera aquello a lo que se comprometió en el contrato, ¿Qué Ley resultará aplicable al mismo?

918. La tabla siguiente indica el coste conflictual que asume cada parte contratantes según la Ley que resulte aplicable al contrato.

Tabla núm: 60. Contrato de garantía a primera demanda. Análisis económico del criterio de la administración central de la entidad financiera garante en comparación con los criterios de la sede de la administración central de ambas partes contratantes y del lugar de ejecución del contrato principal.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la administración central de la entidad financiera garante (Ley alemana) (art. 4.2 Reg. Roma I)	Coste de aplicación de la Ley del país de las sedes de las administraciones centrales de ambas partes contratantes, de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato principal (Ley belga) (art. 4.3 Reg. Roma I)
Empresa ASSESS (acreedora)	90	10
Empresa DINAND (deudora)	90	10
Entidad financiera WIESBAD (banco garante)	10	80
Total	= 190	= 100

919. El contrato internacional presenta todos los contactos sustanciales y reales con un solo país: Bélgica. El contrato se celebra en Bélgica, entre empresas cuyas sedes de administración central se encuentran en Bélgica y la ejecución del contrato también tendrá lugar en Bélgica. Por esta razón, la Ley belga se corresponde con una Ley previsible para ambas partes contratantes que les comporta costes conflictuales mínimos. La empresa ASSESS y la empresa DINAND sufragarán costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho belga, puesto que, es su Derecho el que resulta aplicable al contrato. Un Derecho cuyo contenido conocen perfectamente y con el que están habituados a contratar.

920. En este sentido, el punto de conexión “Ley del país de la residencia habitual de la entidad financiera garante” se corresponde con un contacto aislado y de vínculo formal y aparente con el contrato celebrado. Por esta razón, si la Ley del país de la residencia habitual del banco garante resulta aplicable al contrato, los particulares implicados asumirán costes conflictuales muy elevados. Las partes contratantes ignoran el contenido del Derecho alemán y, además, no están acostumbradas a contratar de conformidad con lo previsto en él. La Ley alemana se corresponde con una Ley imprevisible para los particulares implicados cuya aplicación producirá costes muy altos, para ambas, de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho alemán.

921. En definitiva, el Juez tiene que considerar, con objeto de que las partes contratantes obtengan una solución conflictual *eficiente*, que este contrato, presenta, de forma clara, vínculos manifiestamente más estrechos con Bélgica y que, además, el contacto que el mismo presenta con Alemania es puramente formal y aparente.

E) Consideraciones críticas: La cláusula de excepción y puntos de conexión eficientes en el Reglamento “Roma I”

922. El Reglamento “Roma I” señala que el contrato internacional se rige por la Ley del país que los particulares elijan como Ley aplicable al mismo (art. 3 Reg. Roma I). Ahora bien, en ausencia de elección de Ley aplicable al contrato por los particulares implicados, el Reglamento “Roma I” obliga a las partes contratantes a *subir tres niveles* para aplicar al contrato la Ley del país con la que el contrato presente los vínculos manifiestamente más estrechos.

923. *El primer nivel: el listado de los ocho contratos (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I.* En ausencia de elección de Ley aplicable por las partes contratantes, el art. 4.1 Reg. Roma I señala, de forma *rígida* y automática, la Ley aplicable a cada uno de los ocho contratos que forman parte del listado. En este sentido, si la calificación del contrato se corresponde con uno de los tipos fijados en el listado de los ocho contratos (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I), el Reglamento “Roma I” le asigna, de manera automática, una Ley aplicable al mismo, con independencia de que la Ley impuesta por el Reglamento “Roma I” se corresponda, o no, con una Ley previsible para ambas partes contratantes que les comporte costes conflictuales reducidos.

924. *El segundo nivel: la prestación característica.* Si el contrato internacional no está cubierto por el art. 4.1 Reg. Roma I o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras del art. 4.1.a-h) Reg. Roma I, el contrato escapa

del listado de los ocho contratos. En sintonía con ello, si el contrato internacional no forma parte del listado de los ocho contratos, éste se regula por la Ley del país donde tiene la residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reg. Roma I), sin tomar en consideración si la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico comporta costes reducidos de información y de adaptación del comportamiento jurídico de ambos particulares implicados a tal Derecho.

925. El tercer nivel: la cláusula de excepción. La Ley aplicable al contrato internacional puede ser distinta de las señaladas por las normas de conflicto de leyes contenidas en los niveles anteriores, aun cuando el contrato internacional pertenezca al listado de los ocho contratos, o en su defecto, pueda resultarle aplicable la Ley del país de la residencia habitual de la parte contratante que lleva a cabo la prestación característica. En este sentido, el contrato internacional se rige por la Ley del país con el que el contrato presenta los vínculos manifiestamente más estrechos si del conjunto de circunstancias se desprende de forma clara, para el Juez y para las partes contratantes, que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en los dos niveles anteriores. La cláusula de excepción se inspira en un principio de proximidad potenciado.

926. En sintonía con ello, en la esfera de la contratación internacional, el principio de proximidad inspira la regla siguiente: el contrato internacional se rige por la Ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Ahora bien, la cláusula de excepción (art. 4.3 Reg. Roma I) exige la concurrencia de tres aspectos más para que ésta pueda activarse. En primer lugar, la cláusula de excepción reivindica que el contrato presente más y más intensos vínculos con un país distinto de los que presenta con el país designado por las normas de conflicto de leyes contenidas en los arts. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I. En segundo lugar, que los vínculos entre el contrato y el país determinado sean “*manifiestamente más estrechos*” que los que presenta con el país señalado por los arts. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I. En tercer lugar, que se desprenda “*claramente*” del conjunto de circunstancias, que el contrato internacional presenta vínculos manifiestamente más estrechos con ese país.

927. En sintonía con ello, el contrato internacional debe presentar vínculos “manifiestamente” más estrechos con otro país distinto del indicado en el listado de los ocho contratos (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I) y/o con un país distinto del de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I). Esta afirmación puede poner de manifiesto que, para la activación de la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I, la vinculación que el contrato internacional presente con tales países debe ser una vinculación puramente formal y aparente. Una vinculación que ni sea sustancial ni tampoco sea real. En consecuencia, cuando exista un vínculo sustancial y real entre el contrato internacional y el país señalado por las normas de conflicto de leyes contenidas en el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I o el país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I), la cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 Reg. Roma I no puede operar⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 712-714.

928. Además, debe desprenderse “claramente” del conjunto de circunstancias que el contrato internacional presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del país designado por los puntos de conexión empleados por las normas de conflicto de leyes recogidas en el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I y del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I). Esta afirmación puede indicar que la vinculación estrecha entre el contrato internacional y el concreto país debe ser “perceptible por cualquier persona”. En efecto, el adverbio “claramente” hace referencia a una “experiencia visual” que se aprecia inmediatamente y de modo universal por cualquier sujeto⁶⁸⁹.

929. En definitiva, la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I e inspirada en un principio de proximidad “descafeinado”, desempeña un papel subsidiario en el Reglamento “Roma I”, puesto que, la cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 Reg. Roma I exige una “proximidad cualificada” o una “proximidad evidente” entre el contrato y la Ley aplicable al mismo. El principio de proximidad “descafeinado” se activa para determinar la Ley reguladora del contrato en casos excepcionales y participa en la contratación internacional cuando del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4, apartados 1 ó 2 Reg. Roma I. En sintonía con ello, mientras el art. 4.1 CR se inspiraba en el principio de proximidad para determinar la Ley aplicable al contrato en ausencia de elección, el principio de proximidad no opera en el art. 4 Reg. Roma I como “principio inspirador” para precisar la Ley aplicable al contrato en defecto de elección. Por esta razón, la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I deviene inútil desde la perspectiva de la *eficiencia* conflictual. La cláusula de excepción prevista en el Reglamento “Roma I” únicamente se activa para aquellos supuestos en los que el Juez considere que el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes presenta un vínculo insustancial y aparente con el contrato.

6. Análisis de la cláusula de cierre contenida en el art. 4.4 Reg. Roma I

930. La cláusula de cierre regulada en el art. 4.4 Reg. Roma I tiene su antecedente en el art. 4.5 CR. Ambas cláusulas de cierre presentan el mismo contenido y los mismos caracteres.

931. La cláusula de cierre en el Convenio de Roma (art. 4.5 CR) operaba en el supuesto de que el Juez debiera precisar la Ley del país que presentaba los vínculos más estrechos con el contrato internacional en el caso de que las presunciones recogidas en el Convenio de Roma (arts. 4.2, 4.3 y 4.4 CR) no pudieran activarse. En este sentido, la cláusula de cierre regulada en el art. 4.5 CR se accionaba, con frecuencia, en los contratos internacionales que carecían de prestación característica. También respecto de aquellos contratos internacionales en los que resultaba difícil la determinación del país de la sede del prestador característico en el momento de la celebración del contrato y/o resultaba impreciso el país del lugar de situación del bien inmueble⁶⁹⁰.

⁶⁸⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 201-210, esp. p. 202.

⁶⁹⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª edición, Comares, Granada, 2008-2009, p. 503.

932. Con posterioridad, se redactó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), la cual, ni siquiera hizo mención a la cláusula de cierre.

933. Finalmente, el Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales “Roma I” recoge, otra vez, la cláusula de cierre. La cláusula de cierre en el Reglamento “Roma I” se activa cuando al contrato internacional ni resultan aplicables las normas de conflicto de Leyes contenidas en el listado de los ocho contratos (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I) ni tampoco se rija, el contrato internacional, por la Ley del país de la residencia habitual de la parte contratante que lleva a cabo la prestación característica (art. 4.2 Reg. Roma I). Todo ello sin perjuicio de que en el supuesto de que, excepcionalmente, se desprenda *claramente* que el contrato internacional presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con un país distinto de los “localizados” por el punto de conexión empleado por las normas de conflicto de leyes contenidas en los arts. 4.1 ó 4.2 Reg. Roma I, este contrato internacional se regule por la Ley del país con el que presenta los contactos *manifiestamente* más estrechos (art. 4.3 Reg. Roma I).

934. En este sentido, el contrato se regirá por la Ley del país con la que presente los vínculos más estrechos (art. 4.4 Reg. Roma I) en los supuestos siguientes⁶⁹¹: en los contratos en los que no es posible precisar el país de la residencia habitual de la parte contratante que realiza la prestación característica del contrato en el momento de celebración del mismo. También, en los contratos en los que la prestación característica se debe desde dos Estados distintos⁶⁹² y, en los contratos que carecen de prestación característica y, además, no se encuentran incorporados al listado de los ocho contratos. En este último supuesto, se incluyen los contratos internacionales en los que los particulares implicados asumen obligaciones que no responden a un intercambio de entrega de cosa o ejercicio de una actividad a cambio de dinero. En sintonía con ello, ambas partes contratantes se comprometen a la obligación de dar, hacer o no hacer algo.

935. En consecuencia, la cláusula de cierre contenida en el art. 4.4 Reg. Roma I, se aleja de la rigidez y del automatismo contemplado en los arts. 4.1.a-h) Reg. Roma I (listado de los ocho contratos) y en el art. 4.2 Reg. Roma I (Ley del país de la residencia habitual del prestador característico) en sustitución de un acercamiento al principio de proximidad. La activación de la cláusula de cierre del Reglamento “Roma I” posibilita al Juez un margen de maniobra dirigido a precisar la Ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos. El Juez deberá contar y pesar todos los contactos que el contrato presente con los distintos países y señalar la Ley del país con la que el contrato presente los vínculos más estrechos. El Juez debe hacer Justicia en el caso concreto y, para ello, aplicará la Ley del país que resulte previsible para ambos particulares implicados y les comporte costes conflictuales reducidos.

⁶⁹¹ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 721-722.

⁶⁹² L. F. CARRILLO POZO, “La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46, esp. p. 30.

7. Test de *eficiencia* de algunos de los contratos que se rigen por el art. 4.4 Reg. Roma I

936. A continuación, se realizará un examen desde el punto de vista “*económico-conflictual*”, a modo ejemplificativo, respecto de algunos contratos internacionales que pueden regularse por el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes contenida en la cláusula de cierre recogida en el art. 4.4 Reg. Roma I.

A) Contrato de permuta de bienes inmuebles

a) Aspectos generales del contrato de permuta de bienes inmuebles⁶⁹³

937. El contrato de permuta se corresponde con el contrato por el que cada parte contratante se compromete a entregar el dominio de una cosa con la finalidad de recibir de la contraparte el dominio de otra cosa. El contrato de permuta tiene por objeto el intercambio de cosas entre los particulares implicados. En este sentido, la permuta puede presentar distintas modalidades⁶⁹⁴: 1º) La permuta de “mercancías por mercancías”, la cual también se conoce como *Barter*. 2º) La compra compensatoria, o también denominada *counter-purchase*, por la que uno de los contratantes se obliga a vender bienes o a prestar servicios al otro, y éste queda vinculado a comprar o a buscar un comprador para los bienes o servicios del primero. 3º) La compensación industrial o contrato de *Buy-Back*, que consiste en la entrega de bienes de equipo o instalaciones industriales a una empresa importadora que se compromete, al mismo tiempo, a adquirir parte de la producción que se obtenga de tales bienes de equipo o de las mismas instalaciones o bienes antes vendidos. 4º) El contrato de contrapartida o contrato de *Offset*. Este contrato obliga a una empresa exportadora a vender una serie de bienes en los que debe haber incorporado unos materiales específicos que proceden del país del importador o de otro país distinto.

b) Test de *eficiencia* de los puntos de conexión previstos para el contrato de permuta de bienes inmuebles

1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

938. El Convenio de Roma señalaba que, en la medida en que la Ley aplicable al contrato internacional de permuta de bien inmueble no hubiera sido elegida por las

⁶⁹³ J. BELDA MERCADO, “La transmisión de la propiedad a través de la permuta y la compraventa”, en *El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española*, Universidad de Huelva, 2001, pp. 305-316; G. MARRERO GONZÁLEZ, “El renacimiento del contrato de permuta en el ámbito inmobiliario: análisis doctrinal y jurisprudencial de la permuta de solar por pisos o locales a construir”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad La Laguna, nº 25, 2008, pp. 217-244; J. M. OSORIO SERRANO, “El contrato de permuta” en F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA (COORDS.) *Curso de derecho civil*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 329-332.

⁶⁹⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 346-348.

partes contratantes (art. 3 CR), éste se regiría por la Ley del país con el que presentaba los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). El Convenio de Roma presumía que si el contrato tenía por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un bien inmueble, éste presentaba los vínculos más estrechos con el país en el que estuviera situado el bien inmueble (art. 4.3 CR). No obstante, en el supuesto de que el contrato internacional de permuta de bien inmueble presentara vínculos más estrechos con un país distinto del país del lugar de situación del bien inmueble, la presunción cedía a favor del principio de proximidad. En consecuencia, la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble no resultaba aplicable si del conjunto de circunstancias se desprendía que el contrato presentaba vínculos más estrechos con otro país (art. 4.5 CR).

939. Ejemplo. El ciudadano “A”, nacional francés y con residencia habitual en Francia, es propietario de un bien inmueble situado en Francia. El ciudadano “B”, nacional belga y con residencia habitual en Bélgica, es titular de un bien inmueble situado en Bélgica. Ahora bien, el ciudadano “A” desea trasladarse a Bélgica, puesto que, le han realizado una importante oferta de empleo para trabajar en Francia. El ciudadano “B” quiere desplazarse, de Bélgica a Francia, por la misma razón. El ciudadano “A” y el ciudadano “B” se citan en Luxemburgo para llevar a cabo la celebración del contrato de permuta de bien inmueble. El contrato de permuta de bien inmueble establece el compromiso de entregar el bien inmueble de conformidad con las características, cualidades y condiciones pactadas en el contrato. Es también en Luxemburgo donde tiene lugar la firma del contrato y la entrega de las llaves de bien inmueble. En el supuesto de que una de las partes contratantes no cumpla aquello a lo que se comprometió, ¿Qué Ley puede resultar aplicable al contrato de permuta de bien inmueble?

940. La tabla siguiente indica el coste conflictual que asumirá cada particular implicado según la Ley estatal que resulte aplicable al contrato.

Tabla núm. 61. Contrato de permuta de bien inmueble. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble y con los criterios del lugar de celebración y ejecución del contrato.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la nacionalidad y del país de la residencia habitual del ciudadano “A” (Ley francesa)	Coste de aplicación de la Ley del país de la nacionalidad y de la residencia habitual del ciudadano “B” (Ley belga)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble del ciudadano “A” (Ley francesa)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble del ciudadano “B” (Ley belga)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley luxemburguesa) (art. 4.5 CR)
Ciudadano “A” (Francés)	10	90	10	90	70
Ciudadano “B” (Belga)	90	10	90	10	70
Total	= 100	= 100	= 100	= 100	= 140

941. En el supuesto de que el contrato internacional de permuta de bienes inmuebles se rija por la Ley del país de la nacionalidad, la Ley del país de la residencia

habitual y/o por la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble de cualquiera de los particulares implicados, solamente la parte contratante cuyo Derecho resulte aplicable al contrato asumirá costes conflictuales reducidos, mientras que, la contraparte sufragará costes conflictuales muy altos.

942. Ahora bien, la aplicación al contrato internacional de permuta de bien inmueble de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato genera costes conflictuales medios y eficientemente distribuidos entre ambos particulares implicados. En sintonía con ello, ambas partes contratantes son conscientes de que el Derecho de Luxemburgo puede resultar aplicable al contrato. El ciudadano “A” y el ciudadano “B” acuerdan, por cualesquiera motivos particulares, que la celebración y la ejecución del contrato internacional de permuta de bien inmueble van a tener lugar en Luxemburgo. Esta afirmación pone de relieve que el contrato internacional de permuta de bien inmueble presenta los vínculos más estrechos con Luxemburgo. La Ley luxemburguesa es una Ley que forma parte de la esfera de dominio legal de ambos particulares implicados y, además, constituye una Ley previsible para ambas partes contratantes.

943. En sintonía con ello, la solución a la que conduce la cláusula de cierre recogida en el art. 4.5 CR es *efectiva* y, además, *eficiente* desde el punto de vista “*económico – conflictual*” aun cuando el coste total que sufragan las partes contratantes es superior al que asumirían en el caso de que una Ley distinta a la Ley luxemburguesa regulara este contrato. La clave de la *eficiencia* conflictual en la esfera de la contratación internacional se encuentra, principalmente, en que ambos particulares implicados soporten costes conflictuales reducidos y equitativamente distribuidos. En consecuencia, la aplicación de la Ley luxemburguesa a este contrato de permuta internacional de bien inmueble comporta, a cada parte contratante, un coste superior que el que supondría en caso de aplicar su Derecho al contrato, si bien también, un coste inferior en el supuesto de que dicho contrato se regulara por la Ley estatal de su contraparte.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

944. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales afirmó que el contrato internacional de permuta de bien inmueble, en defecto de elección de Ley aplicable por las partes contratantes, se regía por la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble, independientemente de que dicho contrato presentara vínculos más estrechos con un país distinto del país del lugar de situación del bien inmueble.

945. Ejemplo. El ciudadano “A”, italiano y residente habitual en Italia, posee un bien inmueble en Alemania. El ciudadano “B”, también italiano y con residencia en Italia, es titular de un bien inmueble situado en España. El ciudadano “A” y el ciudadano “B” pretenden la transmisión del dominio de ambos bienes inmuebles. Por esta razón, el ciudadano “A” y el ciudadano “B” celebran, en Italia, un contrato de permuta de bien inmueble por el que el ciudadano “A” adquiere el inmueble sito en España cuya propiedad corresponde al ciudadano “B”. El ciudadano “B” obtiene el bien inmueble localizado en Alemania del que es dueño el ciudadano “A”. El intercambio de llaves de ambos bienes inmuebles tiene lugar en Italia en el momento de la firma del

contrato. En caso de incumplimiento por alguno de los particulares implicados, ¿Qué Ley rige este contrato internacional de permuta de bien inmueble?

946. La tabla siguiente muestra el coste conflictual que sufraga cada parte contratante en función de la Ley que regule el contrato.

Tabla núm: 62. Contrato de permuta de bien inmueble. Análisis económico del criterio de la residencia habitual común y del lugar de ejecución del contrato en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.

	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble cuya propiedad corresponde al ciudadano "A" (Ley alemana)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble cuya titularidad corresponde al ciudadano "B" (Ley española)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de ambas partes contratantes y de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley italiana)
Ciudadano "A" (Italiano)	50	90	10
Ciudadano "B" (Italiano)	90	50	10
Total	= 140	= 140	= 20

947. Si el contrato internacional de permuta de bien inmueble se rige por la Ley del país de situación del bien inmueble del que es titular cualquiera de las partes contratantes – Ley alemana y/o Ley española –, la parte contratante propietaria asumirá costes ordinarios en la medida en que conoce parcialmente el contenido del Derecho del país del lugar de situación del bien inmueble, puesto que, ya contrató de conformidad con él en el momento de la adquisición del mismo. Mientras que, la parte contratante adquirente soportará costes muy elevados de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho del país del lugar de ubicación del bien inmueble cuya titularidad corresponde a la contraparte, puesto que, es un Derecho cuyo contenido ignora y con el que nunca ha contratado. Por estas razones, la aplicación de la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble a este contrato de permuta puede generar imprevisibilidad, *ineficiencia* y riesgo para ambas partes contratantes.

948. Por el contrario, los particulares implicados obtendrán un intercambio internacional *eficiente*, previsible y con bajo coste conflictual, si este contrato de permuta se regula por la Ley del país de la residencia habitual de ambas partes contratantes y por la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato, que se corresponde con la Ley italiana. El ciudadano "A" y el ciudadano "B" tenían en mente, en el momento de la celebración del contrato, la Ley italiana como Ley aplicable a este contrato de permuta de bien inmueble, puesto que, es la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con este contrato de permuta internacional de bien inmueble. No obstante, la Propuesta no concede esta solución conflictual, puesto que, no contempla y, además, ni siquiera, menciona la cláusula de cierre.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

949. El Reglamento “Roma I” indica que, en el caso de que ambas partes contratantes no elijan la Ley aplicable al contrato internacional de permuta de bien inmueble (art. 3 Reg. Roma I), si éste tiene por objeto un derecho real inmobiliario, se rige por la Ley del país donde esté sito el bien inmueble (art. 4.1.c) Reg. Roma I). Ahora bien, en el supuesto de que la Ley aplicable al contrato internacional de permuta de bien inmueble no pueda determinarse según lo establecido en el art. 4.1.c) Reg. Roma I, el contrato se regula por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos (art. 4.4 Reg. Roma I).

950. Ejemplo. El ciudadano “A”, cuya residencia habitual se encuentra en la República Checa, es propietario de un bien inmueble ubicado en Austria. El ciudadano “B”, residente habitual en Eslovaquia, también es dueño de un bien inmueble situado en Austria. Durante el período de residencia temporal en Austria, el ciudadano “A” y el ciudadano “B” transfieren el dominio de su propiedad. El ciudadano “A” adquiere el bien inmueble del que es titular el ciudadano “B” y el ciudadano “B” recibe el bien inmueble cuya propiedad ostenta el ciudadano “A”. La celebración del contrato internacional de permuta de bien inmueble y la ejecución del mismo se llevan a cabo en Austria. Si cualquiera de las partes contratantes incumple lo estipulado en el contrato, ¿Qué Ley estatal resultará aplicable al mismo?

951. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que soportará cada parte contratante según la Ley que resulte aplicable al contrato internacional de permuta de bien inmueble:

Tabla núm. 63. Contrato de permuta de bien inmueble. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de situación de ambos bienes inmuebles y del lugar de ejecución del contrato.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del ciudadano “A” (Ley checa)	Coste de aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del ciudadano “B” (Ley eslovaca)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de situación de ambos bienes inmuebles y de la Ley del país del lugar de celebración y ejecución del contrato (Ley austriaca) (art. 4.4 Reg. Roma I)
Ciudadano “A” (Checo)	10	90	30
Ciudadano “B” (Eslovaco)	90	10	30
Total	= 100	= 100	= 60

952. La aplicación al contrato internacional de permuta de bien inmueble de la Ley del país de la residencia habitual de cualquiera de los particulares implicados produce costes conflictuales muy altos para una de las partes contratantes e ineficientemente distribuidos entre ambas. En sintonía con ello, la Ley del país del lugar de situación de ambos bienes inmuebles y la Ley del país del lugar de celebración y de ejecución del contrato internacional de permuta de bien inmueble, que se corresponde con la Ley austriaca, constituye la Ley del país con la que este contrato internacional de

permuta de bien inmueble presenta los vínculos más estrechos. Ambas partes contratantes conocen el contenido del Derecho austriaco, puesto que, ambas son titulares de un bien inmueble situado en ese país. Además, los dos particulares acuerdan que la celebración y la ejecución del contrato se realicen en Austria. Estas afirmaciones ponen de relieve que la Ley austriaca se corresponde con una Ley que forma parte de la esfera de dominio legal de ambas partes contratantes, con una Ley previsible para ellas y que les comporta costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos entre ambas.

B) Contrato de *Joint-Venture*

a) Aspectos generales del contrato de *Joint-Venture*⁶⁹⁵

953. El contrato de *Joint-Venture* es un contrato atípico en Derecho español. El contrato de *Joint-Venture* es el contrato por el que dos o más empresas, sin perder su identidad de personas jurídicas, convienen contribuir con aportaciones de distinto carácter – tales como, materia prima, capital, personal o tecnología – con la finalidad de alcanzar un proyecto común. El contrato de *Joint-Venture* contiene, entre otras, disposiciones referidas al control y la administración de la empresa conjunta, a las aportaciones de capital, a la división de las utilidades y al apoyo financiero de la misma.

954. El contrato de *Joint-Venture* puede presentar, principalmente, las modalidades siguientes⁶⁹⁶: 1º) *Contractual Joint-Venture* o *Non-Equity Joint-Venture*. En esta modalidad de contrato, las empresas colaboran según lo previsto en el contrato aun cuando no constituyen una nueva sociedad para alcanzar el proyecto común. 2º) *Joint-Venture Corporation, Incorporated Joint-Venture* o *Equity Joint-Venture*. En este supuesto, las empresas participantes crean una sociedad *ad hoc* que asume el desarrollo de los contratos firmados y, con frecuencia, el desarrollo del proyecto común. En particular, la *Joint-venture Corporation* o *Equity Joint-Venture*, suele contener: un Acuerdo-base⁶⁹⁷ entre las sociedades *partners* y una serie de “contratos satélites”

⁶⁹⁵ A. ORTEGA GIMÉNEZ, “El contrato “Joint Venture” internacional”, *Economist & Jurist*, vol. XV, nº 112, 2007, pp. 18-28; F. PUIG BLANCO / E. LINARES NAVARRO / J. PLA BARBER, “El Control y la Confianza: dos rivales en las International Joint Ventures”, *Tec Empresarial*, vol. I, nº 2, 2007, pp. 32-40; M. RAJADELL I CARRERAS, “Joints Ventures: puntos fuertes, puntos débiles y causas para su creación”, *Alta dirección*, Año nº 38, nº 228, 2003, pp. 75-83; A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, “Joint Venture y Derecho de la Competencia”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 29, 1987, pp. 57-60.

⁶⁹⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 412-414.

⁶⁹⁷ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 723-724. Consideran que el Acuerdo-base presenta el contenido siguiente: en primer lugar, el Acuerdo-base es un precontrato de sociedad por el que las partes quedan vinculadas a la creación, en el futuro, de una sociedad o filial común. Este precontrato dispone la forma que tendrá la *sociedad joint-venture*, la participación de las partes, su estructura, denominación, objeto social, actividades que desarrollará la nueva sociedad, etc.; En segundo lugar, también contiene acuerdos entre los *partners* sobre el control de la *sociedad joint-venture*, en aspectos tales como el porcentaje de participación en las acciones, el reparto de puestos en los órganos directivos de la nueva sociedad, etc.; En tercer lugar, integra los derechos y obligaciones concretos de los *Partners*. En particular, la prohibición de competir con la nueva empresa, la obligación de contribuir a la nueva

celebrados tanto por los partícipes en la *Joint-Venture* entre sí, como celebrados entre éstos y la sociedad *Joint-Venture* creada para lograr la consecución de ciertos objetivos.

b) Test de eficiencia de los puntos de conexión previstos para el contrato de *Joint-Venture*

1º) Primera perspectiva: el Convenio de Roma (1980)

955. El Convenio de Roma señalaba que, en el supuesto de que las partes contratantes no hubieran elegido la Ley aplicable al contrato de *Joint-Venture* (art. 3 CR), éste se regularía por la Ley del país con el que el contrato de *Joint-Venture* presentara los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). El principio inspirador del Convenio de Roma – el principio de proximidad – iba seguido de una serie de presunciones que facilitaban al Juez la precisión de la Ley aplicable al contrato internacional. En este sentido, el Convenio de Roma presumía que el contrato de *Joint-Venture* presentaba los vínculos más estrechos con el país en el que la parte contratante que debiera realizar la prestación característica tuviera, en el momento de la celebración del contrato, su administración central (art. 4.2 CR). Ahora bien, si no era posible determinar cuál era la prestación característica en el contrato de *Joint-Venture*, el Juez escapaba de la presunción y aplicaba al mismo la Ley del país con el que dicho contrato presentaba los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR).

956. Ejemplo. La empresa LÜBEC, cuya sede de administración central se encuentra en Alemania, firma un contrato de *Joint-Venture* con la empresa KOSZAL, con sede de administración central en Polonia. El director de la empresa LÜBEC y el director de la empresa KOSZAL pretenden la creación de una nueva sociedad en Praga (República Checa) que se dedique a la producción de máquinas fresadoras. El contrato de *Joint-Venture* carece de una cláusula de elección de Ley aplicable. En el supuesto de que una de las partes contratantes no cumpla aquello que acordó, ¿Qué Ley estatal resultará aplicable al contrato de *Joint-Venture*?

957. La tabla siguiente pone de manifiesto el coste conflictual que cada parte contratante asumirá según la Ley que resulte aplicable al contrato de *Joint-Venture*.

sociedad con capital y medios tecnológicos, las opciones de compra de las acciones de la nueva sociedad, etc.

Tabla núm: 64. Contrato de *Joint-Venture*. Análisis económico del criterio de la sede de la administración central de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio de creación de una nueva sede.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la administración central de la empresa LÜBEC (Ley alemana)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la administración central de la empresa KOSZAL (Ley polaca)	Coste de aplicación de la Ley del país de la nueva sede (Ley checa) (art. 4.5 CR)
Empresa LÜBEC (alemana)	10	90	60
Empresa KOSZAL (polaca)	90	10	60
Total	= 100	= 100	= 120

958. Por un lado, en el caso de que la Ley del país de la sede de la administración central de cualquiera de las partes contratantes resulte aplicable a este contrato de *Joint-Venture*, sólo una de ellas verá favorecida su posición jurídica en detrimento de su contraparte. Por otro lado, si la Ley del país de la creación de la nueva sede rige el contrato de *Joint-Venture*, los particulares implicados en el mismo asumirán costes conflictuales totales mayores que los que soportarían en el supuesto de que la Ley del país de la sede de la administración central resultare aplicable al contrato. No obstante, la Ley checa también se corresponde con la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato. En primer lugar, cada particular implicado asume un coste conflictual inferior que el que sufragaría si el Derecho de su contraparte regulara el contrato. En segundo lugar, la Ley checa otorga una distribución de los costes conflictuales proporcionada, equitativa y *eficiente* entre ambas partes contratantes. En tercer lugar, la Ley del país del lugar de creación de una nueva sede constituye una Ley previsible para ambos particulares. La empresa alemana y la empresa polaca son conscientes de que la Ley checa puede resultar aplicable al contrato, puesto que, son ellas las que han acordado en el contrato la creación de una nueva sede en dicho país y no en otro. Esta afirmación pone de manifiesto que, por cualesquiera razones, la Ley checa forma parte de la esfera de dominio legal de las dos partes y, además, se identifica con la Ley que los particulares tenían en mente en el momento de celebración del contrato.

2º) Segunda perspectiva: la Propuesta de Reglamento “Roma I” (2005)

959. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales abandona el sistema de presunciones seguido en el Convenio de Roma para establecer que, en ausencia de elección de Ley aplicable al contrato de *Joint-Venture* por las partes contratantes, éste se regiría por la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico del contrato, cualesquiera que fueran las circunstancias que incidieran en el caso particular.

960. Ejemplo. La empresa ANZEG y la empresa GEDINN, ambas con sede de administración central en Bélgica, celebran, en Bélgica, un contrato de *Joint-Venture* por el que pretenden la creación y apertura de dos nuevas empresas, una en Holanda y otra en Luxemburgo. La empresa ANZEG se ocupará de la aportación, en exclusiva,

tecnológica. La empresa GEDINN sufragará el capital. El contrato de *Joint-Venture* no contiene una cláusula de elección de Ley aplicable por las partes contratantes. En consecuencia, si una de ellas no cumple lo previsto en este contrato, ¿Qué Ley lo regulará?

961. La tabla siguiente indica el coste conflictual que soportará cada particular implicado en el contrato de *Joint-Venture* en función de la Ley que rija el mismo.

Tabla núm: 65. Contrato de Joint-Venture. Análisis económico del criterio sede de la administración central de ambas partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de creación de las nuevas empresas.

	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de creación de cualquiera de las nuevas empresas (Ley holandesa y/o Ley luxemburguesa)	Coste de aplicación de la Ley del país de la administración central de ambas partes contratantes (Ley belga)
Empresa ANZEG (belga)	60	10
Empresa GEDINN (belga)	60	10
Total	= 120	= 20

962. Si la Ley del país del lugar de creación de cualquiera de las nuevas empresas – Ley holandesa y/o Ley luxemburguesa – resulta aplicable al contrato de *Joint-Venture*, ambas partes contratantes soportarán costes conflictuales medios y eficientemente distribuidos, puesto que, tanto la empresa ANZEG como la empresa GEDINN tienen conocimiento parcial del contenido del Derecho del país en el que van a constituir las dos nuevas empresas. Si bien, ni una ni otra empresa están habituadas a contratar de conformidad con el Derecho holandés y/o el Derecho luxemburgués.

963. Ahora bien, ambas partes contratantes sufragarán costes conflictuales mínimos en el caso de que su Derecho resulte aplicable al contrato de *Joint-Venture*, puesto que, es un Derecho cuyo contenido conocen perfectamente y con el que están habituados a contratar. Por esta razón, la Ley belga constituye, para este contrato de *Joint-Venture*, la Ley del país con la que presenta los vínculos más estrechos. La Ley del país de la sede de la administración central de ambos particulares implicados es una Ley previsible que coincide con la Ley que los particulares debieron tener en mente en el momento de la celebración del contrato.

3º) Tercera perspectiva: el Derecho vigente. El Reglamento “Roma I” (2008)

964. El Reglamento “Roma I” afirma que, la determinación de la Ley aplicable al contrato de *Joint-Venture* en defecto de elección de Ley por las partes contratantes (art. 3 Reg. Roma I) sigue la ruta siguiente: en primer lugar, el contrato de *Joint-Venture* no se rige por las normas de conflicto de leyes contenidas en el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I porque este contrato, como tal, no se encuentra recogido en el listado de los ocho contratos. En segundo lugar, el contrato de *Joint-Venture* se podría regular por la Ley del país de la residencia habitual de la parte contratante que lleva a cabo la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reg. Roma I), únicamente en el supuesto de que el contrato disponga que una empresa aporta capital, en exclusiva, y la otra se ocupa de la

realización material de la actividad. En tercer lugar, y en defecto de los dos casos anteriores, el contrato de *Joint-Venture* se regirá por la Ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos (art. 4.4 Reg. Roma I). En último lugar, si del conjunto de circunstancias se desprende, de forma clara, que el contrato de *Joint-Venture* presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del señalado en los arts. 4.1.a-h) Reg. Roma I y art. 4.2 Reg. Roma I, la Ley del país manifiestamente más estrecho con el contrato de *Joint-Venture*, resultará aplicable al mismo (art. 4.3 Reg. Roma I).

965. Ejemplo. La empresa LORRAI, cuya sede de administración central se encuentra en Francia, celebra, en Alemania, un contrato de *Joint-Venture* con la empresa BOLZAN, con sede de administración central en Italia. La empresa LORRAI y la empresa BOLZAN acuerdan la creación de dos nuevas empresas, una situada en Austria y otra en Eslovenia. El contrato de *Joint-Venture* señala, por acuerdo de ambas partes contratantes, que la empresa alemana ERFUR actuará como órgano de control conjunto de la *Joint-Venture*. En el supuesto de que una de las partes contratantes no cumpla lo previsto en el contrato y, siempre que éstas no hubieren elegido la Ley aplicable al mismo, ¿Cuál será la Ley aplicable – francesa, italiana, austriaca, eslovena o alemana – al contrato de *Joint-Venture*?

966. La tabla siguiente pone de relieve el coste conflictual que asumirá cada parte contratante según la Ley estatal que resulte aplicable al contrato.

Tabla núm: 66. Contrato de Joint-Venture entre empresa francesa y empresa alemana. Análisis económico del criterio de la sede de la administración central de cualquiera de las dos empresas y del lugar de creación de las nuevas empresas en comparación con el criterio de la sede en la que se encuentra el órgano de control conjunto de la nueva empresa.

	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la administración central de la empresa LORRAI (Ley francesa)	Coste de aplicación de la Ley del país de la sede de la administración central de la empresa BOLZAN (Ley italiana)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de creación de las nuevas empresas (Ley austriaca y/o Ley eslovena)	Coste de aplicación de la Ley del país del lugar de celebración del contrato y del país de la sede del órgano de control conjunto de la <i>Joint-Venture</i> (Ley alemana) (art. 4.4 Reg. Roma I)
Empresa LORRAI (Francesa)	10	90	60	50
Empresa BOLZAN (Italiana)	90	10	60	50
Total	= 100	= 100	= 120	= 100

967. En el caso de que el contrato de *Joint-Venture* se regule por la Ley del país de la sede de administración central de cualquiera de las partes contratantes sólo el particular cuyo Derecho resulte aplicable al contrato verá favorecida su posición

jurídica en perjuicio de su contraparte. En este sentido, la aplicación al contrato de *Joint-Venture* de la Ley francesa y/o italiana comportará costes conflictuales desproporcionados y distribuidos ineficientemente entre ambas partes contratantes.

968. Si el contrato de *Joint-Venture* se rige por las Leyes de los países del lugar de creación de las nuevas empresas, ambas partes contratantes afrontarán costes conflictuales medios y eficientemente distribuidos entre ellas. La creación de una nueva empresa en un país concreto pone de relieve que ambos particulares implicados conocen, al menos parcialmente, el contenido del Derecho del país en el que van a constituir estas nuevas empresas. Ahora bien, ni la empresa LORRAI ni tampoco la empresa BOLZAN están habituadas a contratar de conformidad con lo establecido en el Derecho austriaco y/o esloveno.

969. Finalmente, la aplicación al contrato de *Joint-Venture* de la Ley del país del lugar de celebración y de la Ley del país del lugar en el que se encuentra el órgano elegido por las partes contratantes para llevar a cabo el control conjunto de la *Joint-Venture*, les comporta costes conflictuales reducidos y eficientemente distribuidos entre ellas. La empresa LORRAI y la empresa BOLZAN deciden celebrar el contrato en Alemania y, además, eligen una empresa alemana para que actúe como órgano de control conjunto de la *Joint-Venture*. Estos datos permiten afirmar que la Ley alemana constituye una Ley previsible para ambas partes contratantes. La Ley que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del contrato. Una Ley que forma parte de la esfera de dominio legal de ambos y que les genera costes reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho alemán.

970. En este sentido, el coste total de 100 que asumen las partes contratantes puede conducir a una solución conflictual *efectiva* pero *ineficiente* en el caso de que la Ley francesa o la Ley italiana regulen este contrato internacional. Si bien, también puede conducir a una solución conflictual *efectiva* y, además *eficiente*, en el supuesto de que el mismo contrato se rija por la Ley alemana. Esto es así porque la aplicación al contrato internacional de *Joint-Venture* de la Ley del país de la sede de la administración central de cualquiera de las partes contratantes genera costes conflictuales desproporcionados que benefician a un particular implicado en detrimento del otro. Mientras que, la Ley del país de la sede del órgano de control conjunto de la *Joint-Venture* constituye un punto de conexión neutro que conduce a una solución conflictual que beneficia, por igual, a ambas partes contratantes. La misma situación tiene lugar en el supuesto de que este contrato de *Joint-Venture* se regule por la Ley eslovena o por la Ley austriaca, aun cuando el coste total que asuman ambos particulares implicados sea algo superior.

C) Consideraciones críticas: La cláusula de cierre y puntos de conexión *eficientes* en el Reglamento “Roma I”

971. El Reglamento “Roma I” contiene, en el art. 4.4 Reg. Roma I”, una cláusula de cierre. La cláusula de cierre señala que el contrato internacional se rige por la Ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos en el supuesto de que ni el contrato internacional pertenezca al listado de los ocho contratos (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I) ni pueda determinarse la prestación característica en el mismo (art. 4.2 Reg. Roma I).

972. La cláusula de cierre contiene una norma de conflicto de leyes que se inspira en el principio de proximidad y en el principio de previsibilidad de la Ley aplicable al contrato internacional. Por un lado, el término “proximidad” consiste en aplicar al contrato internacional la Ley del país con el que el contrato internacional presenta los vínculos más estrechos. Por otro lado, el término “previsibilidad” puede ser entendido en dos sentidos distintos⁶⁹⁸: la noción “previsibilidad” puede identificarse con la aplicación al contrato internacional la Ley del país que los particulares tuvieron o debieron tener en mente en el momento de la celebración del contrato. Así, el principio de previsibilidad equivale al principio de proximidad en el ámbito de la Ley aplicable al contrato internacional. O bien, el concepto “previsibilidad” puede identificarse con la fijación, por parte de un instrumento jurídico internacional, de un punto de conexión *rígido* que señale, de forma automática, la Ley aplicable al contrato. El principio de previsibilidad se corresponde, en este caso, con el principio de seguridad jurídica para con la Ley aplicable la contrato internacional.

973. En sintonía con ello, la activación de la cláusula de cierre contenida en el Reglamento “Roma I” (art. 4.4 Reg. Roma I) implica, para ambas partes contratantes, la asunción de dos tipos de costes conflictuales: *los costes de investigación de la Ley estatal aplicable al contrato internacional*. Lo primero que debe hacer el Juez cuando se enfrenta al precepto “el contrato internacional se rige por la Ley del país con el que el mismo presente los vínculos más estrechos” es averiguar cuál es la Ley que presenta los vínculos más estrechos con el contrato en cuestión. El Juez accionará el proceso de contar y pesar los distintos contactos que el contrato presenta con los diferentes países. En consecuencia, la búsqueda de la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato internacional produce costes para ambas partes contratantes. Y *los costes de información y de adaptación del comportamiento jurídico al Derecho que resulte aplicable al contrato internacional*. Una vez designada la Ley estatal que resulta aplicable al contrato internacional, las partes contratantes tendrán que soportar costes, más o menos elevados, de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a la Ley del país que rija el contrato internacional.

974. En consonancia con lo afirmado, la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.4 Reg. Roma I puede ser considerada una norma de conflicto de leyes *elástica*. Las normas de conflicto de leyes *elásticas* presentan, en la esfera de los costes conflictuales, una ventaja y un inconveniente. El inconveniente que plantea la norma de conflicto de leyes *elástica* consiste en el coste elevado de búsqueda de Ley aplicable al contrato internacional que deben asumir las partes contratantes. La letra de la norma de conflicto de leyes *elástica* cubre un amplio número de posibilidades en la determinación de la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato. El Juez, para señalar la Ley aplicable al contrato, deberá tomar en consideración todos los contactos que el contrato presente con los distintos países con los que se halla vinculado. No obstante, la norma de conflicto de leyes *elástica* también presenta la ventaja siguiente: una vez precisada la Ley aplicable, los particulares implicados asumirán costes muy reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato.

⁶⁹⁸ O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 200. « Le terme « prévisibilité » peut être entendu comme impliquant le respect des prévisions des parties ou bien comme assurant une certitude de rattachement ».

975. Ahora bien, el Reglamento “Roma I” no se caracteriza por la elasticidad contemplada en la cláusula de cierre. El Reglamento “Roma I” contiene, mayoritariamente, normas de conflicto de leyes *rígidas*. Las normas de conflicto de leyes *rígidas* también presentan una ventaja y un inconveniente. Por una parte, las normas de conflicto de leyes *rígidas* minoran el coste de búsqueda de Ley aplicable al contrato que asumen las partes contratantes. El Juez no debe precisar cuál es la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato, sino que, únicamente debe aplicar al contrato la Ley que expresamente le señala la norma de conflicto de leyes con independencia de las circunstancias que intervengan en el supuesto particular. Si bien, por otra parte, si una norma de conflicto de leyes *rígida* regula el contrato, es muy posible que las partes contratantes tengan que soportar costes muy altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho que resulte automáticamente aplicable al contrato.

976. En consecuencia, las partes contratantes sufragarán costes más elevados de búsqueda de Ley aplicable cuanto más *elástica* sea la norma de conflicto de leyes y costes más altos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico al Derecho que resulte aplicable al contrato cuanto más *rígida* sea la norma de conflicto de leyes. Por esta razón y con la finalidad de potenciar la *eficiencia* conflictual, el Juez y las partes contratantes necesitan una norma de conflicto de leyes *semi-rígida* y/o *semi-elástica* en la esfera de la contratación internacional. La norma de conflicto de leyes *semi-rígida* y/o *semi-elástica* es aquella que se inspira en el principio de proximidad, si bien, viene acompañada de un listado de presunciones que ayudan, al Juez y a las partes contratantes, a precisar la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato internacional. E incluso más, si del conjunto de circunstancias que intervengan en el supuesto particular se desprende que existe una Ley más vinculada con el contrato que la Ley del país señalado por la presunción, ésta cede a favor de la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato internacional.

CONCLUSIONES

I. Primera conclusión: *El espacio europeo de libertad seguridad y justicia deja de ser una herramienta necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior y se convierte en un objetivo, en sí mismo, de la UE.*

977. El espacio de libertad, seguridad y justicia constituye un área que garantiza a los ciudadanos: por una parte, un “espacio de libertad y seguridad”, mediante la adopción de medidas de Derecho público, que asegura al ciudadano el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la UE (art. 21 TFUE) acompañado del desarrollo de sus derechos fundamentales en materia de asilo, inmigración, control en las fronteras exteriores y prevención y lucha contra la delincuencia y el terrorismo (art. 67.2 y art. 67.3 TFUE). Por otra parte, la UE garantiza un “espacio de justicia”, a través de la adopción de medidas de Derecho privado en los tres sectores que integran el DIPr., que permite al sujeto acceder a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado miembro que forma parte de la UE con la misma facilidad con la que accede a los tribunales y a las autoridades del Estado miembro al que pertenece.

978. En particular, la tendencia evolutiva de la UE pone de relieve que ésta pretende operar, desde el punto de vista judicial, de un modo similar a como opera un solo Estado. Todo ciudadano debe disponer de un fácil acceso a la Justicia en la UE. Para ello, se requiere un auténtico espacio judicial europeo en el que las personas puedan recurrir a los tribunales y a las autoridades en cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio, con independencia de las diferencias entre los distintos Derechos estatales de los Estados miembros. E incluso más, las sentencias y resoluciones dictadas por los tribunales de un Estado miembro deben respetarse y ejecutarse en todos los Estados miembros de la UE.

979. El espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que está garantizada la libre circulación de personas constituye un objetivo en sí mismo de la UE, que debe lograrse con independencia de que dicho espacio judicial europeo potencie, o no, el correcto funcionamiento del mercado interior (art. 3.2 TFUE). En

sintonía con ello, las medidas de cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza deben adoptarse “*en particular*”, para construir el espacio judicial europeo y aunque no resulten necesarias para que el mercado interior funcione correctamente (art. 81.2 TFUE). Ahora bien, la creación de un espacio judicial europeo que erradique los obstáculos que dificultan la libre circulación de personas y de factores productivos en la UE mejora el funcionamiento del mercado interior.

980. Las instituciones de la UE poseen competencia para elaborar normas de DIPr. dirigidas a crear un auténtico espacio judicial europeo. Las autoridades de la UE desarrollan una cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza fundada en dos herramientas (art. 81.1 TFUE): el mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales y la “aproximación” de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros a través de la promoción de normas aplicables compatibles sobre conflictos de leyes y jurisdicción, con la finalidad de evitar el surgimiento de situaciones jurídicas claudicantes, que implican un obstáculo a la creación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

981. En definitiva, como se ha analizado, la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia exige la supresión de barreras jurídico – públicas y de barreras jurídico – privadas acompañado de un ataque simultáneo en los tres sectores que componen el DIPr.: el sector de la competencia judicial internacional tiene que unificar los criterios que determinan la competencia judicial internacional; el ámbito de la Ley aplicable debe elaborar normas de conflicto de leyes uniformes; y el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, por imperativo del principio de mutuo reconocimiento, ostenta la misión de procurar la unificación de los criterios de validez extraterritorial.

II. Segunda conclusión: Únicamente una solución jurídica eficiente permite alcanzar la tutela judicial efectiva.

982. Desde el punto de vista de esta tesis doctoral, el Derecho y, específicamente, el Derecho Privado existen, entre otros supuestos, a causa del déficit e incluso de la carencia de bienes y recursos en el planeta tierra, los cuales, además, se encuentran desigualmente repartidos en el mundo, lo que puede provocar conflictos (= litigios) entre personas. En este sentido y desde la visión del presente trabajo, todo conflicto jurídico también puede ser, en última instancia, un conflicto económico, y por ello, ha de ser analizado desde la perspectiva económica. La economía no sólo se ocupa del dinero sino que también se dedica a estudiar el por qué de las decisiones que adoptan las personas. En consecuencia, el análisis de la sustantividad económica latente en el Derecho precisa la elaboración de una teoría económica del Derecho, entendiendo por ésta, una forma de búsqueda de soluciones *eficientes* en la esfera de la contratación internacional, que explique, justifique y, en su caso, critique las soluciones que ofrece el ordenamiento jurídico.

983. La clave puede encontrarse en la afirmación siguiente: el Derecho privado y, en particular, el DIPr. tienen que pretender la *eficiencia*. Para ello, el Derecho, en un primer momento, tiene que tratar de evitar el conflicto entre particulares y, si dicho conflicto surge inevitablemente, el Derecho puede mantener el carácter *eficiente* en la medida en que resuelva el conflicto con costes reducidos para ambas partes. Un

Derecho *eficiente* coincide con el que resuelve los conflictos entre personas de modo que favorezca y aumente el bienestar, no sólo de las partes implicadas en la situación jurídica privada internacional sino también de la sociedad. En este sentido, el Derecho tiene que disminuir los costes que genera el intercambio con objeto de que éste resulte posible y se evite el conflicto entre personas. Ahora bien, si se presenta el conflicto entre los particulares, el Derecho debe reducir el coste de resolución del conflicto.

984. En el contexto del DIPr., debe subrayarse que la *eficiencia* tiene que ser considerada como un valor de categoría e índole constitucional. Sólo si la norma jurídica utiliza criterios *eficientes* de solución de conflicto, el valor constitucional puede ser realmente alcanzado. En otras palabras, la norma de conflicto de leyes que designe la Ley estatal aplicable a una situación jurídica privada de carácter internacional tiene que proporcionar una solución jurídica real para con las pretensiones de los particulares.

985. La tutela judicial efectiva exige que la norma de conflicto de leyes de DIPr. localice la situación jurídica privada internacional en el país con la que se encuentre estrechamente vinculado y cuya Ley estatal comportará costes conflictuales reducidos y equitativamente distribuidos entre ambas partes. Por esta razón, la tutela judicial efectiva constituye el derecho que garantiza, de modo real, los derechos constitucionales, (art. 24.1 CE y art. 67.4 TFUE) o el “derecho a un proceso judicial equitativo” (art. 6 CEDH). El fundamento constitucional de la *eficiencia* de las normas de conflicto ha sido expresado en el principio de proximidad. El principio de proximidad siempre implica conexidad, puesto que, es la conexión máxima del litigio con la Ley aplicable al mismo. La norma de conflicto debe conducir a la Ley del país con el que el supuesto presenta los vínculos más estrechos. Esta idea refleja el sentido constitucional de la *eficiencia* de las normas de conflicto. En consecuencia, “principio de proximidad” equivale a “principio de previsibilidad y certidumbre” en el ámbito de la Ley aplicable a un contrato internacional y la Ley del país con la que el supuesto presenta los vínculos más estrechos coincide con la Ley del país que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del negocio jurídico. Es la Ley cuya aplicación permite la circulación internacional de los factores productivos.

986. *A sensu contrario*, la norma de conflicto de leyes de DIPr. que localice la situación jurídica privada internacional con un país con el que la misma no presente conexión, puede ser calificada con el adjetivo “inconstitucional”, puesto que, otorga una solución injusta y no *efectiva*, desde la perspectiva de la *eficiencia* conflictual, para los particulares implicados. La norma de conflicto de leyes de DIPr. conceptuada “inconstitucional” obliga a las partes a soportar un proceso judicial con una carga conflictual muy elevada y desproporcionada, lo que implica que ambas sufrirán una tutela judicial no *efectiva*.

987. Ahora bien, una situación jurídica privada de carácter internacional presenta, con frecuencia y en la mayoría de los supuestos, vínculos reales no sólo con un único Estado sino con una pluralidad de ellos. En el caso de que el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes de DIPr. elaborada por el legislador conduzca a la Ley de un país con la que la situación jurídica presenta conexión real, la tutela judicial efectiva opera, en sentido positivo, para los particulares implicados. Esta norma de conflicto de leyes de DIPr. puede ser calificada como “constitucional” porque respeta la tutela judicial efectiva y conduce a una solución jurídica que implica costes conflictuales razonables para las dos partes. No obstante, la

situación jurídica privada de carácter internacional puede encontrarse con varias opciones conflictuales *efectivas* posibles, de las cuales, una de ellas será, siempre y en todo caso, la solución *eficiente* desde la perspectiva *económico – conflictual*. Estas afirmaciones pueden poner de manifiesto que lo *eficiente* siempre es *efectivo*, mientras que, lo *efectivo* no siempre adquiere la cualidad de *eficiente*.

III. Tercera conclusión: La celebración de un contrato internacional que resulte eficiente para ambos particulares implicados, desde la perspectiva de la eficiencia conflictual, exige que el contrato se regule por una norma de conflicto de leyes de DIPr. que contenga puntos de conexión eficientes.

988. La celebración de un contrato *per se*, favorece e incrementa el bienestar de ambos particulares implicados, puesto que, cada parte obtiene aquello que más valora y necesita, dentro de un ámbito de seguridad jurídica. Ahora bien, el intercambio de carácter internacional comporta siempre un riesgo y un coste mayor para los particulares implicados que la realización de un intercambio de carácter nacional – coste de litigar ante tribunales extranjeros, coste de importación de una solución jurídica, coste procesal internacional, coste de información del Derecho aplicable – porque ni existe una Jurisdicción mundial ni tampoco un DIPr. mundial, lo que encarece el intercambio. No obstante, el intercambio transnacional también genera una mayor ganancia para las partes contratantes en la medida en que éste se lleve a cabo de modo *eficiente*.

989. En este sentido, si en la celebración del contrato internacional, una parte contratante asume costes conflictuales más elevados que su contraparte, uno de los particulares implicados se enriquece a costa del otro, lo que produce, una externalidad negativa para la parte contratante que sufraga costes conflictuales más altos. La situación planteada pone en peligro la celebración del presente y de los futuros contratos internacionales, si es que llegan a existir. En consecuencia, la no celebración de un contrato internacional comportará una pérdida de bienestar para ambas partes contratantes y también para la sociedad en general. *A sensu contrario*, si el contrato internacional se celebra de manera *eficiente*, ambas partes contratantes y, en general, toda la sociedad se beneficiarán de ello. Por esta razón, la celebración de un intercambio transnacional *eficiente* produce una externalidad positiva para los particulares implicados y para toda la sociedad.

990. Un intercambio internacional *eficiente* exige que éste se regule por una norma de conflicto de leyes de DIPr. que contenga puntos de conexión *eficientes* en materia de contratación internacional. En este sentido, la norma de conflicto de leyes, además de determinar, de entre los distintos ordenamientos jurídicos vinculados con el contrato, cuál de ellos debe regirlo, tiene que, con objeto de fomentar el intercambio internacional, señalar una Ley estatal que resulte previsible para ambas partes contratantes y les comporte mínimos “costes conflictuales”. El menor coste de transacción conflictual se determina, principalmente, por el grado de conocimiento y/o de habituación de utilización del Derecho, así como, por el nivel de garantía de circulación internacional de un contrato en los países en los que interesa que surta efectos jurídicos. En consecuencia, la Ley del país que conceda mayor previsibilidad a ambas partes contratantes resultará aplicable al contrato internacional. Si hubiere más de una Ley estatal previsible, se elige aquella que comporte menores “costes conflictuales” a ambos particulares implicados.

991. La selección de los puntos de conexión *eficientes* debe efectuarse, por parte del legislador, en consideración a las afirmaciones siguientes: en primer lugar, el DIPr. debe introducir una *idea de orden*, entendida junto con la noción de seguridad jurídica internacional, en las situaciones privadas internacionales. Con posterioridad, debe realizar los *valores materiales* recogidos en la Constitución e inspirar las soluciones de DIPr. La norma de DIPr. siempre debe ser interpretada de conformidad con los *valores materiales* contenidos en la Constitución. En último lugar, el DIPr. debe operar al *menor coste posible* para los particulares, con la finalidad de posibilitar un intercambio internacional *eficiente* entre ambas partes contratantes y para con la sociedad.

992. Ahora bien, la selección de los puntos de conexión *eficientes* no resulta una tarea fácil. Como se ha visto, un análisis, desde el punto de vista técnico y valorativo, de cada uno de los puntos de conexión empleados por la norma de conflicto de leyes en materia de contratación internacional pone de relieve que cada punto de conexión presenta ventajas e inconvenientes. Un análisis en materia de contratos, desde el punto de vista de la *eficiencia*, tiene que inspirarse en el principio de proximidad y en el descarte de una norma de conflicto de leyes *rígida*. El contrato internacional tiene que regularse por una Ley que cubra las expectativas jurídicas de ambas partes contratantes. Una Ley previsible para ambos particulares implicados. En otras palabras, el contrato se debe regir por la Ley del país que comporte menores costes conflictuales a ambas partes contratantes. La Ley del país que genere costes conflictuales reducidos a ambos particulares afectados se corresponde con la Ley que conduce a una solución *eficiente* desde el punto de vista conflictual.

993. E incluso más, la determinación de la Ley que comporta los costes conflictuales más reducidos para los particulares implicados exige no sólo la concreción de la Ley cuya aplicación al contrato genera costes conflictuales “totales” menores para las partes contratantes sino también la precisión de la Ley cuya aplicación al negocio jurídico origine costes conflictuales “globales” reducidos. La localización *eficiente* de un contrato internacional exige la aplicación de una Ley estatal que reparta de modo equitativo los costes conflictuales, esto es, que comporte costes conflictuales “globales” reducidos para ambas partes contratantes. Una vez, “descubierta” dicha Ley estatal, resulta necesario aplicar al contrato internacional aquella Ley que comporte costes conflictuales “totales” menores para ambas partes contratantes.

994. La pregunta que se plantea es la siguiente, ¿Qué Ley estatal realiza un reparto *eficiente* de costes conflictuales en el ámbito contractual? La precisión de una Ley estatal que, en términos globales, sea *eficiente* en materia de contratos resulta extraordinariamente difícil, puesto que, el contrato es una institución jurídica no tangible ni corporal y las obligaciones que derivan del mismo, como tales, no ocupan un lugar físico en el espacio. Los contratos constituyen instituciones de estructura variable y la determinación de una Ley estatal cuya aplicación al contrato resulte *eficiente* depende de cada caso concreto. En consecuencia, para determinar la Ley aplicable al contrato resulta fundamental diferenciar “grupos de casos” en la esfera de la contratación internacional y tomar conciencia de que no todos los contratos son iguales, lo que implica, la obtención de soluciones diferenciadas en función del asunto contractual que se plantee.

995. No obstante, la celebración de un contrato internacional *eficiente* exige que la norma de conflicto de leyes localice eficientemente el contrato a través,

fundamentalmente, de la utilización de la tesis de la “*esfera de dominio legal*”. Los particulares implicados en la celebración de un contrato internacional conocen mejor aquellas Leyes con las que se hallan familiarizados y con arreglo a las cuales están habituados a comportarse, mientras que, conocen peor las Leyes a las que nunca han tenido que adaptar su comportamiento jurídico. Por esta razón, cada parte contratante dispone de su “*esfera de dominio legal*”. La Ley estatal que debe regular el contrato debe formar parte de la “*esfera de dominio legal*” de ambos particulares. De no ser así, la localización resultaría *eficiente* para una sola de las partes.

996. La potenciación de la *eficiencia* conflictual exige que el instrumento jurídico de carácter internacional se inspire en el principio de la autonomía de la voluntad conflictual. Ahora bien, si las partes contratantes no han elegido la Ley aplicable al contrato, el Juez y los particulares implicados necesitan de normas de conflicto de leyes *semi-rígidas* y/o *semi-flexibles* que se inspiren en el principio de proximidad, acompañado de un listado de presunciones que ayuden, al Juez y a las partes contratantes, a precisar la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato internacional.

997. Si del conjunto de circunstancias que intervienen en el supuesto particular se desprende, aun cuando no sea de forma clara, que el contrato presenta una vinculación más estrecha con una Ley estatal distinta de la Ley designada por el listado de presunciones, la presunción debe ceder a favor de la Ley del país con la que el contrato internacional presenta los vínculos más estrechos. Una Ley que resulte previsible a los particulares implicados, la Ley que ambos tenían en mente en el momento de la celebración del contrato y la Ley que les comporta mínimos costes conflictuales.

IV. Cuarta conclusión: *El Reglamento “Roma I” constituye la respuesta del legislador de la UE en materia de contratación internacional. La primera solución que fija el Reglamento “Roma I” para precisar cuál es la Ley que va a resultar aplicable a un contrato internacional consiste en la libre elección de Ley aplicable al contrato por las partes contratantes. El criterio “autonomía de la voluntad conflictual” (art. 3 Reg. Roma I) supera el test de eficiencia conflictual.*

998. El Reglamento “Roma I” se inspira, en primer lugar, en el principio de autonomía de la voluntad conflictual que permite a las partes contratantes elegir *ex ante* la Ley aplicable al contrato. En consecuencia, los costes conflictuales se reducen considerablemente para las partes contratantes, puesto que, se evita la intervención del juzgador y el litigio para la determinación de la Ley aplicable. En este sentido, la intervención de la autonomía de la voluntad en dos de los tres sectores que integran el DIPr. permite a las partes contratantes la elección del tribunal competente respecto del sector de la competencia judicial internacional y la precisión de la Ley aplicable en el ámbito del Derecho aplicable por cualesquiera razones que cubran sus intereses.

999. La autonomía de la voluntad constituye una solución óptima en la disciplina del DIPr., puesto que, proporciona máxima previsibilidad para las partes contratantes e individualiza el mejor juzgador y el mejor Derecho. Las partes implicadas conocerán *ex ante* el tribunal competente y la Ley aplicable al litigio para poder adaptar su comportamiento jurídico a lo establecido y tienen la posibilidad de seleccionar el

tribunal competente y el Derecho aplicable que les comporte mínimos “costes jurisdiccionales” y reducidos “costes conflictuales”. Además, la manifestación de la autonomía de la voluntad permite una constante actualización, pudiéndose acomodar al devenir, en su caso, de nuevas circunstancias que aconsejaran una elección distinta (art. 3.2 Reg. Roma I).

1000. La inspiración en el principio de la autonomía de la voluntad, por parte del Reglamento “Roma I”, es una perfecta solución en el sector de la competencia judicial internacional y en el ámbito de la Ley aplicable desde el punto de vista de la *eficiencia*. No obstante, si de la celebración del contrato surgen cuestiones controvertidas entre ambas partes contratantes, los instrumentos jurídicos de carácter internacional tienen que garantizar a ambos particulares implicados, aun cuando éstos no hayan elegido la Ley aplicable al contrato, una solución de Justicia conflictual que posibilite la celebración de un intercambio internacional *eficiente* para ambas partes contratantes.

V. Quinta conclusión: *La segunda solución que señala el Reglamento “Roma I”, para determinar la Ley aplicable al contrato en defecto de elección de Ley por las partes contratantes, consiste en que el contrato se regule por la Ley indicada por el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes rígida contenida en el art. 4.1 Reg. Roma I. En el art. 4.1 Reg. Roma I concurren puntos de conexión rígidos eficientes que superan el test de eficiencia conflictual y puntos de conexión rígidos no eficientes que, por tanto, no superan el test de eficiencia conflictual.*

1001. El Reglamento “Roma I” contiene en su art. 4.1 Reg. Roma I un listado de ocho contratos. El Reglamento “Roma I” establece respecto de cuatro tipos de contratos – contrato de compraventa de mercaderías, de prestación de servicios, de franquicia y de distribución –, un punto de conexión que señala, de forma automática, que la Ley aplicable a cualquiera de estos contratos es la Ley del país de la residencia habitual y/o de la sede de una de las partes contratantes. No obstante, la aplicación de esta Ley a los contratos indicados, puede comportar un intercambio *ineficiente* y muy *caro* para los particulares implicados, puesto que, favorece de forma injustificada a una sola de las partes contratantes, aplica una Ley que no resulta previsible para ambos particulares implicados y, además, pone en peligro la celebración del contrato y penaliza el comercio internacional.

1002. Ahora bien, el Reglamento “Roma I” también fija puntos de conexión que localizan una Ley “neutra” aplicable al resto de los contratos que forman parte del listado contenido en el art. 4.1 Reg. Roma I – contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos, contrato de venta de bienes mediante subasta y contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros –. La aplicación al contrato internacional de una Ley “neutra” quiebra el principio de beneficio irracional e injustificado a favor de una sola de las partes contratantes. Una Ley “neutra”, con carácter general, se corresponde con una Ley previsible para los particulares implicados que posibilita la celebración de un intercambio internacional *eficiente*, dotado de

seguridad jurídica internacional y que comporta costes conflictuales reducidos para ambas partes contratantes.

1003. En particular, en el escenario presentado por el art. 4.1 Reg. Roma I concurren puntos de conexión *rígidos eficientes* con puntos de conexión *rígidos ineficientes*. Los puntos de conexión *rígidos eficientes* son aquellos que indican la Ley del país con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos y comportan costes conflictuales reducidos a ambos particulares implicados. Los puntos de conexión *rígidos ineficientes* se corresponden con los que señalan una Ley aplicable al contrato imprevisible, inesperada y sorpresiva para ambas partes contratantes que les comporta costes conflictuales muy elevados.

1004. En consecuencia, el legislador de la UE comete un error de “enfoque” al confundir el criterio “previsibilidad” con el concepto “automaticidad” en la determinación de la Ley aplicable al contrato internacional. El Reglamento “Roma I” señala, mediante normas de conflicto de leyes que emplean puntos de conexión *rígidos*, la Ley aplicable a los contratos contenidos en el art. 4.1.a-h) Reg. Roma I. Los puntos de conexión empleados por las normas de conflicto de leyes del art. 4.1 Reg. Roma I precisan, de forma automática, la Ley aplicable al contrato internacional con independencia de que la Ley que resulte aplicable al mismo coincida, o no, con una Ley previsible para ambas partes contratantes. La previsibilidad para ambos particulares implicados y para el comercio transnacional no se encuentra en una norma de conflicto de leyes *rígida* que concede una única solución a la controversia sino en una norma de conflicto de leyes *eficiente* que permita que el contrato internacional se rija por la Ley del país que los particulares tenían en mente en el momento de la celebración del mismo y que les comporte mínimos “costes de transacción conflictuales”.

VI. Sexta conclusión: *La tercera solución que establece el Reglamento “Roma I” para precisar la Ley que regula el contrato en el supuesto de que ni las partes elijan la Ley aplicable ni éste forme parte del listado de los ocho contratos (art. 4.1 Reg. Roma I) consiste en que el contrato se rija por la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I). El punto de conexión “Ley del país de la residencia habitual del prestador característico” no supera el test de eficiencia conflictual.*

1005. El Reglamento “Roma I” indica que en el supuesto de que el contrato internacional no se encuentre en el listado de los ocho contratos (art. 4.1.a-h) Reg. Roma I) o el contrato se corresponda con más de una de las letras a-h) del art. 4.1 Reg. Roma I, éste se regula por la Ley del país de la residencia habitual de la parte que deba llevar a cabo la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reg. Roma I). La aplicación al contrato de esta Ley produce un intercambio internacional *ineficiente* y muy *costoso* para ambos particulares implicados, puesto que, favorece caprichosamente al prestador característico del contrato y perjudica a su contraparte. En consecuencia, la parte favorecida en el contrato es aquella que ve aplicada su Derecho al contrato, mientras que, la contraparte tiene que asumir costes muy elevados de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico.

1006. En sintonía con ello y desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual en la esfera de la contratación internacional, el punto de conexión “Ley del país de la residencia habitual del prestador característico” no es válido *per se*, si bien, puede coincidir con la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato siempre que vaya acompañado de otros criterios, tales como, el lugar de ejecución del contrato.

VII. Séptima conclusión: *La cuarta solución que indica el Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable al contrato en el supuesto de que ni las partes contratantes la hayan elegido (art. 3 Reg. Roma I), ni forme parte del listado de los ocho contratos (art. 4.1 Reg. Roma I), ni le resulte aplicable la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I), consiste en que éste se rija por la Ley del país con el que el contrato presente los vínculos manifiestamente más estrechos. La cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I no supera el test de eficiencia conflictual.*

1007. En el caso de que, se desprenda de forma clara, para el Juez y para las partes contratantes, que el contrato internacional, ni pertenece al listado de los ocho contratos, ni tampoco le resulta aplicable la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico, este contrato se regula por la Ley del país con el que el contrato presenta los vínculos manifiestamente más estrechos (art. 4.3 Reg. Roma I). La cláusula de excepción (art. 4.3 Reg. Roma I) se inspira en un principio de proximidad “descafeinado”, puesto que, su aplicación exige la presencia de una proximidad “cualificada” y/o “evidente”.

1008. La activación de la cláusula de excepción (art. 4.3 Reg. Roma I) exige que el contrato presente más y más intensos vínculos con un país distinto de los que presenta con el país designado por las normas de conflicto de leyes contenidas en los arts. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I, y, además, que se desprenda claramente que la vinculación que el contrato presenta con los arts. 4.1 y 4.2 Reg. Roma I es una vinculación puramente formal y aparente. Por esta razón, la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 Reg. Roma I es inútil desde la perspectiva de la *eficiencia* conflictual. En otras palabras, la cláusula de excepción regulada en el art 4.3 Reg. Roma I es de difícil aplicación práctica y, por ende, su valoración no puede ser muy positiva desde el punto de vista de la *eficiencia* conflictual. Además, no es operativa ni con el contrato de venta de bienes mediante subasta (art. 4.1.g) Reg. Roma I, ni con el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos (art. 4.1.d) Reg. Roma I) ni tampoco con el contrato celebrado en un sistema multilateral sobre instrumentos financieros de múltiples terceros (art. 4.1.f) Reg. Roma I), puesto que, el legislador ha “sacado” esos puntos de conexión de la cláusula de excepción y los ha colocado como puntos de conexión de las normas de conflicto de leyes *rígidas* contenidas en el art. 4.1 Reg. Roma I.

VIII. Octava conclusión: *La quinta solución aportada por el Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable al contrato internacional, siempre que las soluciones anteriores no puedan activarse, consiste en aplicar al contrato la Ley del país con la que presente los vínculos más estrechos. La cláusula de cierre contenida en el art. 4.4 Reg. Roma I supera el test de eficiencia conflictual.*

1009. La cláusula de cierre recogida en el art. 4.4 Reg. Roma I estima que el contrato internacional se rige por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos en el caso de que ni el contrato internacional pertenezca al listado de los ocho contratos (art. 4.1 Reg. Roma I) ni tampoco pueda determinarse la prestación característica del mismo (art. 4.2 Reg. Roma I). La cláusula de cierre (art. 4.4 Reg. Roma I) se inspira en el principio de proximidad, si bien, su aplicación únicamente tiene lugar residualmente.

1010. Ahora bien, precisar la Ley aplicable a un contrato internacional tomando en consideración la “sede” o “centro de gravedad” de la relación jurídica, el “vínculo más estrecho” o la “proximidad” que presente un contrato con un país determinado resulta insuficiente e *ineficiente* para el operador jurídico. El operador jurídico necesita saber qué significa y cómo se determina el “vínculo más estrecho” entre un contrato y un país y en qué consiste y cómo funciona “el principio de proximidad”. El art. 4.4 Reg. Roma I utiliza un concepto jurídico indeterminado como criterio de precisión de la Ley aplicable al contrato internacional.

1011. La cláusula de cierre contiene una norma de conflicto de leyes que se inspira en el principio de proximidad y en el principio de previsibilidad de la Ley aplicable al contrato internacional. Por un lado, el término “proximidad” consiste en aplicar al contrato internacional la Ley del país con el que el contrato internacional presenta los vínculos más estrechos. Por otro lado, el término “previsibilidad” puede ser entendido en dos sentidos distintos. La noción “previsibilidad” puede identificarse con la aplicación al contrato internacional de la Ley del país que los particulares tuvieron o debieron tener en mente en el momento de la celebración del contrato. Así, el principio de previsibilidad equivale al principio de proximidad en el ámbito de la Ley aplicable al contrato internacional. O bien, el concepto “previsibilidad” puede identificarse con la fijación, por parte de un instrumento jurídico internacional, de un punto de conexión *rígido* que señale, de forma automática, la Ley aplicable al contrato. El principio de previsibilidad se corresponde, en este caso, con el principio de seguridad jurídica para con la Ley aplicable al contrato internacional.

1012. En este sentido, la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.4 Reg. Roma I, desde la perspectiva de estudio seguida, presenta una ventaja y un inconveniente. El inconveniente consiste en el coste elevado de búsqueda de Ley aplicable – determinación de la Ley que presenta los vínculos más estrechos con el contrato – que deben asumir ambas partes contratantes. Y la ventaja se encuentra en que una vez precisada la norma de conflicto de leyes que resulta aplicable al contrato, los particulares implicados asumen costes muy reducidos de información y de adaptación de su comportamiento jurídico a la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato internacional.

1013. Esta tesis doctoral ha alcanzado como conclusión principal la siguiente: el Reglamento “Roma I”, que constituye el marco legal vigente regulador de la

contratación internacional, incurre en un error de “enfoque” al confundir el criterio de “previsibilidad” con el de “automaticidad” en la determinación de la Ley aplicable al contrato internacional. El Reglamento “Roma I” señala, en la mayoría de los supuestos, la Ley aplicable al contrato internacional mediante normas de conflicto de leyes que emplean puntos de conexión *rígidos*, es decir, que designan de forma automática la Ley aplicable a dicho contrato con independencia de que esta Ley coincida, o no, con una Ley previsible para ambas partes contratantes.

1014. De las conclusiones extraídas del presente trabajo de investigación es deducible que el instrumento jurídico de carácter internacional que resulte aplicable en la esfera de la contratación internacional tiene que inspirarse en el principio de la autonomía de la voluntad conflictual. Ahora bien, si las partes contratantes no han elegido la Ley aplicable al contrato, el Juez y los particulares implicados necesitarían de normas de conflicto de leyes *semi-rígidas* y/o *semi-flexibles* que se inspiren en el principio de proximidad, si bien, acompañado de un listado de presunciones que ayuden, al Juez y a las partes contratantes, a precisar la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato internacional.

1015. En definitiva, el Reglamento “Roma I” puede ser de fácil aplicación práctica para los Jueces, pero suscita problemas para un intercambio internacional *eficiente* para los particulares y las empresas protagonistas de la contratación internacional. La *eficiencia* y la tutela judicial efectiva, de esta manera, corren el riesgo de pasar a un segundo plano y, este desplazamiento se produce, entre otros factores, por el automatismo de la función judicial al que da lugar el Reglamento “Roma I”. Por estas razones, corresponde a los juristas especializados en DIPr. realizar una lectura razonable y racional del Reglamento “Roma I” que proporcione soluciones jurídicas aptas para potenciar la tutela judicial efectiva y, en definitiva, el bienestar de los ciudadanos que operan en el espacio judicial europeo.

ANEXO I: TABLA “CONTRATO – LEY APLICABLE”

La tabla siguiente señala, de forma esquemática, la Ley estatal que resulta aplicable a cada uno de los tipos contractuales contenidos en el art. 4 Reg. Roma I para el supuesto de que los particulares implicados en la celebración de un contrato internacional no hayan hecho uso de la facultad de libre elección de Ley aplicable al mismo.

1. Contratos incluidos en los 8 magníficos.

Tipo de Contrato	Ley aplicable
<p>Contrato de compraventa de mercaderías.</p> <p>Contratos incluidos en el concepto “compraventa de mercaderías”:</p> <p>a) Compraventa sobre mercancías en feria o mercado, venta ambulante, compraventa de plaza a plaza, venta a ensayo o a prueba, venta <i>ad gustum</i>, venta a distancia, venta automática, venta <i>cash and carry</i> (venta <i>self-service</i> reservada a ciertos sujetos y realizada, generalmente, al por mayor), y venta a plazos.</p> <p>b) Contrato de suministro de mercaderías, bienes muebles corporales.</p>	<p>Ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual.</p>
<p>Contrato de prestación de servicios.</p> <p>Contratos incluidos en el concepto “prestación de servicios”:</p> <p>a) Contratos de gestión: Contrato de mandato, contrato de comisión mercantil,</p>	<p>Ley del país donde el prestador tenga su residencia habitual.</p>

<p>contrato de mediación o corretaje, contrato de agencia, contrato de <i>factoring</i>, contrato de gestión de carteras, contrato de depósito y administración de valores, contrato de liquidez.</p> <p>b) Contratos de arrendamiento de servicios y obra: Contrato de <i>consulting</i>, contrato de <i>engineering</i>, contrato de depósito, contrato de hospedaje, contrato de arrendamiento financiero o <i>leasing</i>, contrato de ejecución de obra por ajuste o precio alzado, contrato de construcción de edificación o <i>Commercial Engineering</i>, contrato de <i>managment</i> empresarial de gestión hotelera, contrato de garaje, contrato de exposición, contrato de alquiler de punto de amarre, contrato de logística, contrato de <i>outsourcing</i>, contrato de <i>catering</i>, contrato de <i>cash-pooling</i>, contrato de pericia contractual, contrato de <i>Escrow Agreement</i>, contrato de suministro, contrato de difusión publicitaria en antena.</p> <p>c) Contratos aleatorios: Contrato de juego o apuesta, contrato de lotería.</p> <p>d) Contratos de garantía: Contrato de fianza, contrato de prenda, contrato de garantía autónoma o de garantía a primera demanda, contrato de crédito documentario, contrato de mandato de crédito, contrato de hipoteca mobiliaria, contratos de garantías financieras, <i>Cash-Comfort Letters</i>.</p> <p>e) Contratos de servicios informáticos: contrato de desarrollo de <i>Software</i>, contrato de tratamiento de datos, contrato de acceso a bases de datos, contrato de recursos informáticos, contrato de <i>facilities management o outsourcing informático</i>, contrato de suministro de servicios en <i>Internet</i>, contrato de diseño de página <i>web</i> o <i>website</i>, contrato de <i>back-up</i>, contrato de <i>web-housing</i>, contrato de <i>internet access</i>.</p> <p>f) Contratos de servicios bancarios y bursátiles: contrato de préstamo o mutuo, contrato de crédito a la exportación o a la importación, contrato de préstamo sindicado, contrato de alquiler de cajas de seguridad, contrato de apertura de crédito, contrato de descuento, contrato de <i>forfaiting</i>, contrato de <i>forward rate agreement</i>, contrato de cuenta corriente bursátil, contrato de comisión bursátil.</p>	
--	--

<p>g) Contratos de servicios propios del sector marítimo y aéreo: contrato de remolque, contrato de practicaaje, contrato de carga y descarga, contrato de construcción de buque.</p> <p>h) Contratos de servicios propios del sector publicitario: contrato de publicidad, contrato de creación publicitaria.</p>	
<p>Contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble.</p> <p>Contratos cubiertos por el art. 4.1.c) Reg. Roma I.</p> <p>a) Contratos cuya finalidad es la constitución de derechos reales sobre inmuebles: contrato de compraventa de inmueble, contrato de constitución de censo reservativo, contrato de constitución de censo enfiteútico, contrato de constitución de censo consignativo, contrato de constitución de anticresis, contratos de servidumbre, contrato de servidumbre personal, contrato de hipoteca de bienes inmuebles, donación de bienes inmuebles.</p> <p>b) Contrato de cambio de suelo por vuelo.</p> <p>c) Contrato de arrendamiento de bienes inmuebles.</p> <p>d) Contrato de renta vitalicia que recae sobre inmueble.</p>	<p>Ley del lugar donde esté sito el inmueble.</p>
<p>Contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos.</p>	<p>Ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea persona física y tenga su residencia habitual en dicho país.</p>
<p>Contrato de franquicia.</p> <p>a) Tipos de franquicia cubiertos por el art. 4.1.e) Reg. Roma I: Franquicia de distribución, franquicia de servicios, franquicia de producción y franquicia principal.</p> <p>b) Los contratos que tienen por objeto la cesión de los derechos de propiedad intelectual e industrial o derechos similares realizada en el marco general de un contrato de <i>franchising</i>.</p>	<p>Ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual.</p>

<p>Contrato de distribución.</p> <p>Tipos contractuales incluidos en el concepto “contratos de distribución”.</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Contrato de concesión mercantil, concesión de exclusiva o distribución exclusiva. b) Contrato de concesión mercantil no exclusiva. c) Contrato de “licencia cinematográfica”. d) Contrato estimatorio. 	<p>Ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual.</p>
<p>Contrato de venta de bienes mediante subasta.</p>	<p>Ley del país donde tenga lugar, si dicho país puede determinarse.</p>
<p>Contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros.</p> <p>Contratos cubiertos por el art. 4.1.h) Reg. Roma I.</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Compraventa bursátil. b) Contrato de crédito al mercado. c) Contratos sobre futuros financieros. d) Contratos de opción sobre futuros financieros. e) Contratos sobre activos financieros. 	<p>Ley que rige el mercado regulado en el que se celebran estos contratos sobre instrumentos financieros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE.</p>

2. Contratos con prestación característica.

Tipo de Contrato	Ley aplicable
<p>Contrato de licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial.</p>	<p>Ley del país de residencia habitual del licenciante.</p>
<p>Contrato de producción de obra audiovisual.</p>	<p>Ley del país de la sede del productor.</p>
<p>Contrato de <i>remake</i>.</p>	<p>Ley del país de residencia habitual del autor de la obra entregada para su <i>remake</i>.</p>

Contrato de arrendamiento de cosas muebles o de derechos.	Ley del país de residencia habitual del arrendador.
Contrato de subarrendamiento de muebles e inmuebles.	Ley del país de residencia habitual del arrendador.
Contrato de comodato.	Ley del país de residencia habitual del comodante.
Contrato de precario.	Ley del país de residencia habitual del cedente de la cosa.
Contrato de opción.	Ley del país de residencia habitual del promitente.
Contrato de venta de empresa o establecimiento mercantil.	Ley del país de residencia habitual del propietario del establecimiento comercial o empresa transmitida.
Contrato de renta vitalicia que no recae sobre inmuebles.	Ley del país de residencia habitual del rentista.
Contrato de licencia de uso de <i>Software</i> a empresas.	Ley del país de la residencia habitual de la empresa “falsa licenciante”.
Contrato de cuentas en participación.	Ley del país de residencia habitual de la empresa gestora.
Contrato de patrocinio publicitario o esponsorización.	Ley del país de residencia habitual del patrocinado.
Contrato de reconocimiento de deuda.	Ley del país de residencia habitual del sujeto que reconoce la deuda.
Contrato de alquiler de “ <i>films</i> ”.	Ley del país de residencia habitual del distribuidor.
Contrato de representación teatral y ejecución musical.	Ley del país de residencia habitual de los cedentes de los derechos de explotación de la obra.
Contrato de concesión con venta de mercaderías.	Ley del país de residencia habitual del distribuidor.
Contrato de venta de local destinado a fábrica con prestación de servicios <i>post-venta</i> necesarios para poner en marcha la fábrica.	Ley del país en el que la empresa constructora y prestadora de servicios tiene su residencia habitual.

Contrato estimatorio.	Ley del país de residencia habitual del contratante que entrega las cosas (<i>tradens</i>).
Contrato de cesión de derechos y acciones.	Ley del país de residencia habitual del cedente de los derechos y acciones.

3. Contratos cuya Ley se determina por cláusula de excepción (art. 4.3 Reg. Roma I).

Tipo de contrato	Ley aplicable
Contratos celebrados con el prestador característico cuya sede constituye carácter temporal o circunstancial.	Ley del país con el que el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos.
Contratos sobre inmuebles.	Ley del país de la sede o residencia habitual común de los contratantes, en el caso de que ambos contratantes tengan su residencia habitual en el mismo Estado aun cuando no sea el país de situación del inmueble.
Contratos íntegramente ejecutados en “mercados regulados”.	La Ley del lugar de situación de dichos mercados regulados, que suele ser, además, la Ley que regula el funcionamiento interno de tales mercados.
Contratos accesorios.	La Ley reguladora del contrato principal.

4. Contratos cuya Ley se determina por cláusula de cierre (art. 4.4 Reg. Roma I).

Tipo de contrato	Ley aplicable
Contratos celebrados a través de medios telemáticos, Internet, etc.	Ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos.
Contratos en los que el prestador característico tiene su residencia habitual en zonas de dudosa soberanía.	Ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos.
Contratos de garantía conjunta, en los que los garantes tienen su sede en Estados diferentes.	Ley del país con el que el contrato presente los vínculos más estrechos.
Contrato de permuta de mercancías (<i>Countertrade</i>)	Si la operación de comercio compensatorio ha

	<p>sindicato y el país donde radica la sede de la sociedad de la que forman parte los accionistas.</p>
<p>Contrato de cuenta corriente entre empresas.</p>	<p>Los elementos más significativos que pueden utilizarse para detectar la Ley del “país más vinculado con el contrato” son: la residencia habitual de las partes, Ley reguladora de los contratos que generan los créditos recíprocos, lugar de ejecución y celebración del contrato.</p>
<p>Contrato de edición.</p>	<p>Los elementos más significativos que pueden utilizarse para detectar la Ley del “país más vinculado con el contrato” son los siguientes: la residencia habitual de los contratantes, el país en el que la obra protegida será distribuida, especialmente si se trata de un único país, el país hacia el que se dirige la “oferta de celebración del contrato de edición” (<i>International Stream-of-Commerce</i>).</p> <p>En el caso de un contrato de edición de una obra para ser publicada en múltiples países, es relevante también el lugar de celebración y/o negociación del contrato.</p>
<p>Contrato de intercambio electrónico de datos.</p>	<p>Los elementos más significativos que pueden utilizarse para detectar la Ley del “país más vinculado con el contrato” son los siguientes: la Ley que rige el contrato celebrado o a celebrar entre las partes y al que se refiere el contrato EDI (Cons. 20 Reg. Roma I), así como el país al que se haya dirigido la publicidad para contratar o la oferta de contrato (<i>Stream-Of-Commerce Theory</i>).</p>
<p>Contrato normativo.</p>	<p>El elemento más significativo para detectar la Ley del “país más vinculado con el contrato” es el siguiente: el pacto o contrato normativo presenta una estrecha vinculación con el contrato a celebrar o a ejecutar, por lo que, el Juez debe examinar si el país cuya Ley rige ese otro contrato es el más vinculado con el contrato normativo, lo que será frecuente (Cons. 20 Reg. Roma I).</p>
<p>Contrato preparatorio o preeliminar o precontrato (<i>Contractual Letter of Intent</i>).</p>	<p>El elemento más significativo que puede utilizarse para detectar la Ley del “país más vinculado con el contrato” es la relación entre este contrato preliminar y el contrato futuro al que se refiere.</p>
<p>Contrato de aparcería.</p>	<p>Ley del país de situación de la explotación.</p>
<p>Contrato de alimentos.</p>	<p>El art. 1.2.b Reg. Roma I excluye del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I las “obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación</p>

	<p><i>aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos”.</i></p> <p>Sin embargo, los contratos que crean una obligación voluntaria de alimentos no están cubiertos por dicha disposición y su Ley reguladora se determina con arreglo al Reglamento Roma I. Por lo general, este contrato carece de prestación característica y el art. 4.2 Reg. Roma I es inaplicable.</p> <p>El juez deberá analizar el contrato y sus distintas conexiones con los diferentes Estados para detectar el país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos.</p>
Contrato de pre-producción.	<p>Los elementos más significativos que pueden utilizarse para detectar la Ley del “país más vinculado con el contrato” son los siguientes: sede de los contratantes, que de ser común conducirá a la aplicación de la Ley de dicho Estado, el lugar de “futura explotación” del <i>film</i>, siempre que se concrete en un solo país, pues los contratantes realizan sus estudios preliminares con arreglo al contexto legal de tal país, y otros datos, como el país donde esté previsto fijar el soporte de la obra -<i>país de filmación</i>-, siempre que sea único, el lugar de ejecución de las respectivas obligaciones, lugar donde se llevaron a cabo las negociaciones <i>interpartes</i> y/o el lugar de celebración del contrato, y otros índices de menor calado -elección de tribunal, idioma del contrato, moneda de pago si se pactan obligaciones pecuniarias, etc-.</p>
Contrato de coproducción.	<p>Los elementos más significativos que pueden utilizarse para detectar la Ley del “país más vinculado con el contrato” son los siguientes: “sede común” de los coproductores, país del coproductor que haya recibido la oferta del contrato de coproducción, país de filmación de la obra, país de explotación futura del <i>film</i>, siempre que sea único, lo que no suele suceder, lugar donde se han desarrollado las negociaciones entre los coproductores y/o el lugar de celebración del contrato, etc.</p>
Contrato de decisión por suerte.	<p>Los elementos más significativos que pueden utilizarse para detectar la Ley del “país más vinculado con el contrato” son: residencia habitual de las partes sobre todo si es común, país de ejecución de las obligaciones y país donde tenga lugar la decisión tomada por suerte.</p>
Contrato de transacción.	<p>El elemento más significativo que puede utilizarse para detectar la Ley del “país más vinculado con el contrato” es la vinculación que existe entre la transacción y el país cuya Ley rige la relación jurídica a la que se refiere la transacción (Cons. 20</p>

	<p>Reg. Roma I). Si esta vinculación no es significativa, puede señalarse que el contrato se regirá por la Ley del país donde tengan su sede común los contratantes. En su defecto, se aplicará la Ley del país donde deba surtir efecto la transacción, y si éste país no es único o no puede concretarse, por la Ley del lugar de celebración del contrato de transacción.</p>
--	--

ANEXO II: ÍNDICE FINAL DE TABLAS

<i>Tabla núm: 1.</i> Contrato de compraventa de alfombras. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio de la autonomía de la voluntad conflictual.....	117
<i>Tabla núm: 2.</i> Contrato de creación publicitaria. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio de la autonomía de la voluntad conflictual.....	120
<i>Tabla núm: 3.</i> Contrato de compraventa de ordenadores. Análisis económico del criterio de la nacionalidad en comparación con el criterio de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes y con el criterio del lugar de ejecución del contrato.....	125
<i>Tabla núm: 4.</i> Contrato de <i>leasing</i> . Análisis económico del criterio de la residencia habitual del prestador característico en el supuesto de que ambos particulares lo sean.....	138
<i>Tabla núm: 5.</i> Contrato de compraventa de coches de lujo. Análisis económico del criterio de la sede del prestador no característico (profesional de la contratación) en comparación con el criterio de la residencia habitual del prestador característico.....	139
<i>Tabla núm: 6.</i> Contrato de compraventa de trajes. Análisis económico del criterio de la sede y/o residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio de la celebración y ejecución del contrato.....	144
<i>Tabla núm: 7.</i> Contrato de compraventa de impresoras. Análisis económico del criterio de la tesis de la <i>International Stream-Of-Commerce</i> en comparación con los criterios de la sede del prestador característico y de la ejecución del contrato.....	148
<i>Tabla núm: 8.</i> Contrato de compraventa de productos típicos españoles. Análisis económico de los criterios de la sede de cualquiera de las partes contratantes y del lugar de celebración del contrato en comparación con el criterio del lugar de ejecución del mismo.....	151
<i>Tabla núm: 9.</i> Contrato de compraventa de productos textiles. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del prestador característico en comparación con el criterio del lugar de ejecución del contrato y la intervención de la manifestación de la autonomía de la voluntad.....	155

<i>Tabla núm: 10.</i> Contrato de compraventa de cítricos. Análisis económico de todos los criterios empleados como punto de conexión por la norma de conflicto de leyes.....	156
<i>Tabla núm: 11.</i> Contrato de compraventa de bien inmueble. Análisis económico de los criterios de la residencia habitual de ambas partes contratantes, lugar de celebración y ejecución del contrato en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.....	163
<i>Tabla núm: 12.</i> Contrato de compraventa de obras de arte. Análisis económico del punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.1 CR: el contrato se regula por la Ley del país con la que presenta los vínculos más estrechos.....	171
<i>Tabla núm: 13.</i> Contrato de suministro de chocolate. Análisis económico del criterio empleado como punto de conexión por la norma de conflicto de leyes del art. 4.2 CR: la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico.....	172
<i>Tabla núm: 14.</i> Contrato de compraventa de bien inmueble. Análisis económico del punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes contenida en el art. 4.3 CR: la Ley del país del lugar de situación del bien inmueble.....	172
<i>Tabla núm: 15.</i> Contrato de compraventa de un bien inmueble. Análisis económico del criterio empleado por el punto de conexión contenido la cláusula de excepción del art. 4.3 Reg. Roma I.....	174
<i>Tabla núm: 16.</i> Contrato de compraventa de queso. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del prestador característico en comparación con los criterios del lugar de ejecución del contrato y de la “Paradoja de Alaska”.....	187
<i>Tabla núm: 17.</i> Contrato de compraventa de productos artesanales. Análisis económico del criterio de la esfera de dominio legal de las partes contratantes.....	190
<i>Tabla núm: 18.</i> Contrato de compraventa de piezas de cristal de Murano. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de cualquiera de los particulares implicados en comparación con los criterios del lugar de ejecución del contrato y de la “Paradoja de Alaska”.....	193
<i>Tabla núm: 19.</i> Contrato de compraventa de figuras de madera polacas entre empresa española y empresa polaca. Análisis económico del principio de proximidad en comparación con el criterio de la residencia habitual de la parte que realiza la prestación característica del contrato.....	208
<i>Tabla núm: 20.</i> Contrato de compraventa de encaje belga entre sujeto español y ciudadano belga. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del vendedor sin posibilidad de excepcionar el punto de conexión empleado por la norma de conflicto de leyes.....	209
<i>Tabla núm: 21.</i> Contrato de compraventa de ordenadores entre ciudadano francés y sujeto portugués. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del vendedor en comparación con el principio de proximidad.....	211
<i>Tabla núm: 22.</i> Contrato de agencia entre empresa española y ciudadano francés. Análisis económico del principio de proximidad en comparación con el criterio presuntivo de la residencia habitual del prestador característico.....	216
<i>Tabla núm: 23.</i> Contrato de publicidad entre empresa española y residente habitual italiano. Análisis económico del criterio “residencia habitual del prestador característico” en comparación con el criterio “lugar de ejecución del contrato”.....	218

<i>Tabla núm: 24.</i> Contrato de préstamo entre entidad bancaria luxemburguesa y ciudadano luxemburgués. Análisis económico del criterio de la sede central de la entidad bancaria en comparación con el criterio de la residencia habitual del prestatario.....	220
<i>Tabla núm: 25.</i> Contrato de compraventa de bien inmueble entre sujeto español y ciudadano alemán. Análisis económico del principio de proximidad en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.....	223
<i>Tabla núm: 26.</i> Contrato de cambio de suelo por vuelo entre ciudadano francés y sujeto español. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del prestador característico en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.....	225
<i>Tabla núm: 27.</i> Contrato de arrendamiento de bien inmueble entre ciudadanos residentes en España. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de ambas partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.....	226
<i>Tabla núm: 28.</i> Contrato de arrendamiento de bien inmueble entre ciudadanos que tienen su residencia habitual en Francia. Análisis económico del principio de proximidad en comparación con el criterio de la residencia habitual de ambas partes contratantes.....	229
<i>Tabla núm: 29.</i> Contrato de arrendamiento de un bien inmueble situado en Alaska. Análisis económico del criterio de la situación del bien inmueble en comparación con el criterio de la residencia habitual de ambas partes contratantes.....	231
<i>Tabla núm: 30.</i> Contrato de arrendamiento de un bien inmueble entre sujetos residentes habituales en España. Análisis económico del criterio del lugar de situación del bien inmueble en comparación con el criterio de la residencia habitual de ambos particulares implicados y con el principio de proximidad.....	232
<i>Tabla núm: 31.</i> Contrato de franquicia entre empresa italiana y empresa belga. Análisis económico del principio de proximidad en comparación con el criterio de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes.....	238
<i>Tabla núm: 32.</i> Contrato de franquicia entre empresa española y empresa portuguesa. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de la parte débil del contrato en comparación con el criterio del lugar de explotación de la franquicia.....	239
<i>Tabla núm: 33.</i> Contrato de franquicia entre empresa francesa y empresa alemana. Análisis económico del criterio de la sede de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de explotación de la franquicia.....	240
<i>Tabla núm: 34.</i> Contrato de distribución comercial entre empresa italiana y empresa alemana. Análisis económico del principio de proximidad en comparación con el criterio presuntivo de la residencia habitual del prestador característico.....	245
<i>Tabla núm: 35.</i> Contrato de distribución exclusiva. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de la parte débil en el contrato en comparación con el criterio del lugar de celebración y ejecución del contrato.....	247
<i>Tabla núm: 36.</i> Contrato de distribución entre fabricante luxemburgués y distribuidor belga. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del distribuidor en comparación con el principio de proximidad.....	248
<i>Tabla núm: 37.</i> Contrato de venta de bienes en pública subasta. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del prestador característico en comparación con el criterio del lugar de celebración de la subasta pública.....	254

<i>Tabla núm: 38.</i> Contrato de venta de bienes en pública subasta. Análisis económico del criterio de la sede de la empresa de la subasta en comparación con el criterio del lugar de celebración de la subasta.....	255
<i>Tabla núm: 39.</i> Contrato de venta de bienes en subasta. Análisis económico del criterio de la sede central y/o de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de celebración de la subasta y el principio de proximidad.....	257
<i>Tabla núm: 40.</i> Contrato de licencia de derecho de propiedad intelectual entre empresa lisbonense y ciudadano español. Análisis económico del principio de proximidad y de la tesis de la <i>International Stream-Of-Commerce</i>	266
<i>Tabla núm: 41.</i> Contrato de patente entre empresa belga y empresa madrileña. Análisis económico de los criterios <i>Lex Loci Celebrationis</i> y <i>Lex Loci Executionis</i>	268
<i>Tabla núm: 42.</i> Contrato de marca entre empresa francesa y empresa española. Análisis económico de la tesis de la <i>International Stream-Of-Commerce</i> y de los criterios <i>Lex Loci Celebrationis</i> y <i>Lex Loci Executionis</i>	270
<i>Tabla núm: 43.</i> Contrato estimatorio entre empresa sevillana y empresa florentina. Análisis económico del criterio sede de la administración central del prestador característico en comparación con el criterio de la tesis de la <i>International Stream-Of-Commerce</i>	273
<i>Tabla núm: 44.</i> Contrato estimatorio entre empresa alemana y empresa checa. Análisis económico del criterio sede de la administración central de cualquiera de las partes contratantes y de los criterios <i>Lex Loci Celebrationis</i> y <i>Lex Loci Executionis</i>	274
<i>Tabla núm: 45.</i> Contrato estimatorio entre empresa portuguesa y empresa francesa. Análisis económico del criterio <i>Lex Loci Executionis</i> y del criterio de la tesis de la <i>International Stream-Of-Commerce</i>	276
<i>Tabla núm: 46.</i> Contrato de venta de empresa entre una empresa alemana y una empresa belga. Análisis económico del criterio de la sede de la empresa adquirente en comparación con el criterio de de la sede de la empresa transmitida.....	278
<i>Tabla núm: 47.</i> Contrato de venta de establecimiento mercantil entre empresa austriaca y empresa polaca. Análisis económico del criterio sede de la empresa transmitente y/o adquirente y el criterio de la sede de la empresa transmitida.....	280
<i>Tabla núm: 48.</i> Contrato de venta de empresa entre sujeto eslovaco y sujeto húngaro. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del transmitente en comparación con el criterio de proximidad.....	281
<i>Tabla núm: 49.</i> Contrato de suministro entre empresa holandesa y empresa belga. Análisis económico del criterio de la sede de la administración central común de ambas partes contratantes en comparación con los criterios sede temporal de la empresa y lugar de ejecución del contrato.....	289
<i>Tabla núm: 50.</i> Contrato de prestación de servicios entre empresa eslovaca y empresa austriaca. Análisis económico del criterio sede de la administración central de una de las partes contratantes en comparación con los criterios de celebración, desarrollo y ejecución del contrato.....	290

<i>Tabla núm: 51.</i> Contrato de suministro entre empresa francesa y empresa alemana. Análisis económico del criterio sede de la administración central del prestador característico en comparación con los criterios del lugar de celebración y ejecución del contrato.....	292
<i>Tabla núm: 52.</i> Contrato de arrendamiento corto de bien inmueble entre sujetos cuya residencia habitual se encuentra en Alemania. Análisis económico del criterio de la residencia habitual común de ambas partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.....	294
<i>Tabla núm: 53.</i> Contrato de compraventa de bien inmueble situado en Austria entre sujetos italianos. Análisis económico del criterio de la residencia habitual común de ambas partes contratantes en comparación con el criterio de situación del bien inmueble.....	295
<i>Tabla núm: 54.</i> Contrato de arrendamiento largo de bien inmueble situado en Francia entre sujetos con residencia habitual en España. Análisis económico del criterio de la residencia habitual común de ambas partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.....	297
<i>Tabla núm: 55.</i> Contrato de venta de bien en subasta pública. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de una parte contratante en comparación con el criterio lugar de celebración de la subasta.....	299
<i>Tabla núm: 56.</i> Contrato de venta de emisión de gases en el Mercado regulado de Carbono. Análisis económico del criterio sede de la empresa adquirente y/o vendedora en comparación con el criterio del lugar del Mercado regulado.....	300
<i>Tabla núm: 57.</i> Contrato bursátil celebrado en Madrid entre empresa alemana y empresa italiana. Análisis económico del criterio sede de la administración central de la empresa de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de celebración y ejecución del contrato.....	302
<i>Tabla núm: 58.</i> Contrato de préstamo con cláusula adicional de fianza. Análisis económico del criterio de la residencia habitual del fiador en comparación con el criterio lugar de ejecución del contrato.....	304
<i>Tabla núm: 59.</i> Contrato de compraventa de bien inmueble gravado con hipoteca. Análisis económico del criterio de la residencia habitual común de ambas partes contratantes en comparación con el criterio de situación del bien inmueble.....	306
<i>Tabla núm: 60.</i> Contrato de garantía a primera demanda. Análisis económico del criterio de la administración central de la entidad financiera garante en comparación con los criterios de la sede de la administración central de ambas partes contratantes y del lugar de ejecución del contrato principal.....	307
<i>Tabla núm: 61.</i> Contrato de permuta de bien inmueble. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble y con los criterios del lugar de celebración y ejecución del contrato.....	313
<i>Tabla núm: 62.</i> Contrato de permuta de bien inmueble. Análisis económico del criterio de la residencia habitual común y del lugar de ejecución del contrato en comparación con el criterio del lugar de situación del bien inmueble.....	315
<i>Tabla núm: 63.</i> Contrato de permuta de bien inmueble. Análisis económico del criterio de la residencia habitual de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de situación de ambos bienes inmuebles y del lugar de ejecución del contrato.....	316

<i>Tabla núm: 64. Contrato de Joint-Venture. Análisis económico del criterio de la sede de la administración central de cualquiera de las partes contratantes en comparación con el criterio de creación de una nueva sede.....</i>	319
<i>Tabla núm: 65. Contrato de Joint-Venture. Análisis económico del criterio sede de la administración central de ambas partes contratantes en comparación con el criterio del lugar de creación de las nuevas empresas.....</i>	320
<i>Tabla núm: 66. Contrato de Joint-Venture entre empresa francesa y empresa alemana. Análisis económico del criterio de la sede de la administración central de cualquiera de las dos empresas y del lugar de creación de las nuevas empresas en comparación con el criterio de la sede en la que se encuentra el órgano de control conjunto de la nueva empresa.....</i>	321

BIBLIOGRAFÍA

I. Obras generales.

- B. AUDIT, *Droit international privé*, 4ª edition, Economica, Paris, 2006.
- T. BALLARINO, *Manuale breve di Diritto internazionale privato*, 3ª edizione, Cedam, Padova, 2008.
- T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª edizione, Cedam, Padova, 1999.
- H. BATIFFOL, *Les aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, reimpresión con introducción de Y. LEQUETTE, Dalloz, Paris, 2002.
- H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit interational privé*, vol. II, Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence, 1983.
- D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, vol. I, Partie générale, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007.
- A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I y vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011-2012.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011.
- J. DERRUPE, *Droit international privé*, 5ª edition, Dalloz, Paris, 1978.
- J. DERRUPE / J.-P. LABORDE, *Droit international privé*, 15ª edition, Dalloz, Paris, 2005.
- C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 14ª edition, Oxford University Press, 2008.
- D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Droit international privé*, Masson, Paris, 1987.
- F.K. JUENGER, "General Course on Private International Law", *RCADI*, vol. CXCIII, 1985.
- O. KAHN-FREUND, "General Problems of Private International Law", *RCADI*, vol. CXLIII, 1974-III.
- A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993.
- P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *RCADI*, vol. CXCVI, 1986.
- P. MAYER / V. HEUZE, *Droit international privé*, 8ª edition, Montchrestien, Paris, 2004.
- R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5ª edizione, Liguori, Napoli, 1969.
- F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª edition, Larcier, Bruxelles, 2005.
- J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho Internacional Privado. Parte General (Introducción, Historia doctrinal y Codificación)*, Ed. Secc. Publ. Facultad Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1992.
- C. H. VON BAR, *Internationales Privatrecht*, vol. II, Beck, München, 1991.

II. Textos legales y textos prelegales.

Comisión de las Comunidades Europeas. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), [COM (2005) 650 final, Bruselas, de fecha 15.12.2005].

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir, [COM (2006) 331 final, Bruselas, de fecha 28.06.2006].

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité de las Regiones. Justicia, Libertad y Seguridad en Europa desde 2005. Una evaluación del Programa de la Haya y del Plan de Acción [COM (2009) 263 final, Bruselas de fecha 10.06.2009].

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones {SEC (2004) 680 y SEC (2004) 693}, n° 401, 2004, pp. 1-17.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Consecuencias de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa sobre los procedimientos interinstitucionales de toma de decisiones en curso. [Addendum al COM (2009) 665 final. Bruselas, de fecha 12.4.2010]. [COM (2010) 147 final].

Conclusiones del Consejo Europeo en Tampere de fecha 15 y 16 octubre 1999.

Convenio sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes de 28 de mayo de 1998 [DO C 221 de fecha 16.07.1998]

Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, [BOE núm. 171/1993, de fecha 19 julio de 1993].

Convenio sobre notificación o traslado en los Estados miembros de la UE de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil de 26 de mayo de 1997 [DO C 261 de fecha 27.08.1997].

Programa de La Haya sobre el reforzamiento de la libertad, seguridad y justicia en la UE [DOUE C 53 de fecha 03.03.2005].

Programa plurianual relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos [Programa de Estocolmo (2010-2014) de fecha 16 de octubre de 2009, 2010/C 285 E/02].

Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [2001/ C 12/01].

Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [DOUE, Serie L, núm. 12, de fecha 16 de enero de 2001].

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 177/6 de fecha 4.7.2008].

Reglamento 1348/2000- Primer informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil [COM (2004) 603 final- No publicado en el Diario Oficial]- y Reglamento 2201/2003 [Diario Oficial L 338 de 23.12.2003] respectivamente.

Reglamento CE n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 13 Noviembre 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento CE n° 1348/2000 del Consejo, [OJ L 324, 10.12.2007],

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, [DOUE C 306/01 de fecha 17.12.2007].

Versión consolidada del TCE y del TUE y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. [DOUE n° C 115 de fecha 9 de mayo de 2008].

III. El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

A. ALEMANNI, "Le principe de précaution en droit communautaire: stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au marché intérieur?", *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 4, 2001, pp. 953-971.

R. ALONSO GARCÍA, *The general provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, New York, N.Y., Harvard Law School, 2002.

- J. J. ÁLVAREZ RUBIO, "El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia", *REEI*, nº 15, 2008, pp. 1-33.
- J. M. ARIAS RODRÍGUEZ, "El programa de La Haya: un nuevo programa en el área de libertad, seguridad y justicia", *Diario La Ley*, nº 6641, Sección Unión Europea, 31 Ene. 2007, (versión *on line*).
- M. A. ASIN CABRERA, "La communautarisation du droit international privé de la famille: euro-chauvinisme ou intégration européenne?", en *Impérialisme et chauvinisme juridiques*. Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 3-4 octobre 2002, pp. 169-184.
- O. ASP, "Harmonisation and Co-operation within the Third Pillar: Built in Risks", *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. IV, 2002, pp. 15-23.
- M. AUDIT, "Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois", *JDI Clunet*, 2006, pp. 1333 y ss.
- M. BACIGALUPO SAGESE, « Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (el espacio de libertad, seguridad y justicia) » en E. LINDE PANIAGUA (COORD.) *Políticas Comunitarias*, Colex, Madrid, 2001, pp. 183-220.
- C. BANARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2004.
- S. BARIATTI, "La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione Europea al Titolo IV del Trattato CE" en *Il Diritto dell'Unione Europea*, Anno VI, Fasc. 2-3, Giuffrè, Milano, 2001.
- J. BASEDOW, «A Common Contract Law for the Common Market», *CMLR*, vol. XXXIII, 1996, pp. 1169-1195.
- ID., «Un droit commun des contrats pour le marché commun», *Revue internationale de droit comparé*, 1998, pp. 28-78.
- ID., "The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam", *CMLR*, vol. XXXVII, nº 3, 2000, pp. 687-708.
- R. BIFULCO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001.
- K. BOELE-WOELKI, *Unification and Harmonization of Private International Law in Europe, in Private Law in the International Area*, Liber amicorum Kurt Siehr, TMC Asser Press, 2000.
- A. BOIZAREU CARRERA, "Un espacio de libertad, seguridad y justicia" en M. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO (ED.) *La Unión Europea tras la reforma*, Universidad de Cantabria, 2000, pp. 67-86.
- A. BORRÁS, "Derecho internacional privado y tratado de Amsterdam", *REDI*, vol. LI, nº 2, 1999, pp. 383-426.
- ID., "Significado y alcance del espacio judicial europeo en materia civil: Hacia la reforma del Título IV TCE", *Noticias de la Unión Europea*, nº 225, 2003, pp.11-20.
- ID., "La cooperación judicial civil" en AAVV., *El tercer pilar de la Unión Europea*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1997, pp. 231-250.
- ID., "La comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro" en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2001*, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 2002, pp. 285-318.
- H. BRIBOSIA, "Liberté, sécurité et justice: l'imbroglio d'un nouvel espace", *Annales d'Etudes européennes de l'Université Catholique de Lovaine*, vol. II, 1997, pp. 45-76.
- A. CALONGE VELÁZQUEZ, « Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia », *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006, pp. 95-112.
- A. L. CALVO CARAVACA, "El DIPr. de la Comunidad Europea, International Law". *Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, 2003, pp. 277-300.
- A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003.
- S. CÁMARA LAPUENTE, «Un Derecho privado o un Código civil para Europa: Planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace» en S. CÁMARA LAPUENTE (ED.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 47-106.
- M. P. CANEDO ARRILLAGA / J. R. CANEDO ARRILLAGA / J. R. CANEDO GIL, "Un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea", en J. I. ECHANO BASALDÚA (ED.) *Estudios jurídicos en memoria de J. M. Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 753-790.
- S. CARBONE, "Base giuridica e criteri interpretativi delle norme comunitarie sullo spazio giudiziario europeo" en *Contratto e impresa*, Europa, 2003, pp. 183 y ss.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Globalización y Derecho internacional privado*, Ed.LiberLibro.com, Albacete, 2002.
- ID., "Globalización y Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 22, 2004, pp. 17-58.

- S. CARRERA / F. GEYER, "El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y Fragmentación en la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 12, nº 29, 2008, pp. 133-162.
- R. CATALÁ POLO, "La cooperación en asuntos de justicia e interior en el proceso de construcción europea" en V. GARRIDO REBOLLEDO (COORD.) *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, D. L. 2004, pp. 25-43.
- A. CHICHARRO LÁZARO, "El Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo: Los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil", *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 20, 2010 (versión on line).
- J. CORCUERA ATIENZA, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.
- M. DE HOYOS SANCHO, "La piedra angular de la cooperación judicial en el Espacio Europeo de Libertad, seguridad y Justicia: El reconocimiento mutuo de resoluciones" en J. M. ALONSO MARTÍNEZ / A. A. HERRERO DE LA FUENTE (COORDS.) *Tratado de Roma en su cincuenta aniversario: Un balance socioeconómico de la integración europea*, Comares, Granada, 2007, pp. 285-308.
- P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Espacio europeo de justicia: Evolución y perspectivas en el sector del reconocimiento y ejecución de decisiones", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, pp. 441-466.
- ID., "La evolución del Derecho Internacional Privado comunitario en el Tratado de Amsterdam", *REDI*, vol. L, nº 1, 1998, pp. 373-376.
- F. DEHOUSSE Y J. GARCÍA MARTÍNEZ, "The Area of Freedom, Security and Justice", *Studia Diplomatica (Institut Royal de Relations Internationales)*, vol. LVI, 2003, pp. 135-151.
- A. DEL VALLE GÁLVEZ, "El sistema institucional de la Constitución Europea: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado Constitucional", *Noticias de la Unión Europea*, nº 250, 2005, pp. 111-122.
- ID., "La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 2, nº 3, 1998, pp. 41-78.
- M. P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la UE*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- F. J. DONAIRE VILLA, "El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza", *Cuadernos de derecho público*, nº 13, 2001, pp. 103-124
- M. FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne», *RCADI*, vol. CCLIII, 1995.
- J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales" en F. J. QUEL LÓPEZ / I. AGUIRRE ZABALA / J. J. ÁLVAREZ RUBIO (COORDS.) *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2002*, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 2002, pp. 81-216.
- S. FRANCO, "Le droit international privé comme outil de régulation du Marché intérieur: la consommation" en *Conflits de lois et régulation économique*, LGDJ, Paris, 2008, pp. 115-133.
- J. A. FUENTETAJA PASTOR, "La cooperación policial y judicial en materia penal" en M. BACIGALUPO SAGESE / J. A. FUENTETAJA PASTOR (COORDS.) *Políticas de la Unión Europea*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2005.
- Mª P. GARCÍA RUBIO, «Presente y futuro del Derecho privado en el proceso de integración europea», *XIV Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, pp. 237-258.
- M. GARDEÑES SANTIAGO, «El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Amsterdam: los arts. 61 c) y 65 como base jurídica», *RDCE*, nº 11, 2002, pp. 231-249.
- V. GARRIDO REBOLLEDO, *La Unión Europea: el espacio de libertad, Seguridad y justicia en el 2004*; prólogo de Á. ACEBES PANIAGUA, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, D. L. 2004.
- H. GAUDEMET-TALLON, "Quel droit international privé pour l'Union Européenne?", *International conflicts of laws for the third millenium. Essays in honour of F. K. Juenger*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2001.
- ID., "Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen: quelques repères" en A. BORRAS Y OTROS (EDS.) *Ex. Pluribus Unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague, Boston, London, 1996, pp. 85-104.
- ID., "Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)", *RCADI*, vol. CCCXII, 2005.
- M. GAUTIER, *L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures*, Marcial Pons, Bruxelles, 2003.

- C. GAVALDA / G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 4ª edición, LexisNexis, Litec, 2002.
- M. GÓMEZ JENÉ, “La cooperación judicial en materia civil”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), pp. 139-154.
- L. N. GONZÁLEZ ALONSO, «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho comunitario europeo*, Año nº 2, nº 4, 1998, pp. 501-548.
- T. HARTLIEF, «Towards a European Private Law?», *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 166 y ss.
- J. L. IGLESIAS BUHIGUES, “La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam”, *Revista General de Derecho*, nº 644, 1998, pp. 5857-5862.
- ID., “Espacio de Libertad, de Seguridad y de Justicia”, *Cuadernos de Integración Europea*, nº 4, 2006, pp.34-46.
- R. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, “Eurojust, un paso más en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Cuadernos de Derecho judicial*, nº 13, 2003, pp.417-448.
- ID., “La cooperación judicial en la Unión Europea” en V. GARRIDO REBOLLEDO (COORD.) *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, D. L. 2004, pp. 157-177.
- F. KAUFF – GAZIN, «L'espace de liberté de sécurité et de justice : un laboratoire de la cohérence » en V. MICHEL (DIR.) *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européennes face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 291-307.
- K.D. KERAMEUS, «Procedural Harmonization in Europe», *AJCL*, vol. XLIII, 1995, pp. 401-416.
- CH. KOHLER, “Lo spazio giurisdizionario europeo in materia vicile e il diritto internazionale priorato europeo”, en P. PICOTE *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, pp. 65-94.
- ID., “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam”, *RCDIP*, nº 1, 1999, pp. 3-30.
- H. LABAYLE, “Un espace de liberté, sécurité et justice”, *Revue trimestrelle de droit européen*, vol. XXXIII, 1997, pp. 813-881.
- ID., « Instruments et procédure de l'espace de liberté, sécurité et justice : quelques réflexions critiques » en G. DE KERCHOVE / A. WEYEMBERG (DIRS.) *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Édition de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 41-58.
- P. LAGARDE, “Du 14 octobre 2008 – Cour de justice des communautés européennes (Grande Chambre), aff. C-353/06”, *RCDIP*, nº 1, 2009, pp. 86-93.
- O. LANDO, «El Derecho contractual europeo en el tercer milenio», *Derecho de los Negocios*, nº 116, 2000, pp. 1-20.
- S. LEIBLE / A. STAUDINGER, “El art. 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?”, *AEDIP*, vol. I, 2001, pp. 89-115.
- E. LINDE PANIAGUA, “El mercado interior (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)” en E. LINDE PANIAGUA (COORD.) *Políticas comunitarias*, Colex, Madrid, 2001.
- A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, « Espace de liberté, de sécurité et de justice », *Rép. Communautaire Dalloz*, 2010, pp. 1-13.
- J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “La posición del Parlamento Europeo en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en E. BARBÉ Y A. HERRANZ (COORDS.) *Política exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*, Oficina d' informació del Parlament Europeu, 2007, pp.65-92.
- F. J. MATIA PORTILLA, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- A. MATTERA, *El Mercado Único Europeo: sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991.
- J. MAYOR OREJA, “El nuevo espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Boletín Asturiano sobre la Unión Europea*, nº 80, 1999, pp. 4-9.
- P. MELLADO PRADO, “El funcionamiento de las instituciones en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 10, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), pp. 35-49.
- F. J. MILLÁN MON, “Cooperación en los ámbitos de justicia e interior”, en AA.VV *España y el Tratado de la Unión Europea, Una aproximación al Tratado elaborada por el equipo negociador español en las Conferencias Intergubernamentales sobre la Unión Política y la Unión Económica y Monetaria*, Colex, Madrid, 1993, pp. 421-449.

- C. F. MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, 4ª edición, Dijusa, Madrid, 2002.
- R. MUÑOZ, “Le marché intérieur: comment rendre effectifs les droits des intéressés?”, *Rev. M. C.* n° 458, 2002, pp. 337-341.
- J. M. MURIEL PALOMINO, “El espacio de libertad, seguridad y justicia en los tratados de Ámsterdam y de Niza: la libre circulación de personas y la integración de los acuerdos de Schengen en el marco de la Unión Europea”, *Anuario de Derecho Europeo*, n° 1, 2001, pp. 189-220.
- D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 119, 2003, pp. 447-483.
- ID., “El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Constitución Europea: los desafíos de la Unión”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 658, 2005, pp. 2-7.
- M. OREJA ARBURÚA, “Evolución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” en V. GARRIDO REBOLLEDO (COORD.) *La Unión Europea: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el 2004*, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, D. L.2004, pp. 222-236.
- G. PALAO MORENO, *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Tirant lo Blanch, Universitat de València, 2008.
- E. PÉREZ VERA, “Derecho Internacional Privado y la Unión Europea”, *XIX Jornadas de la AEPDIRI*, Universidad de Cantabria, Santander, 2001, pp.173-188.
- F. POCAR, “La comunitarizzazione del DPrivato: una european conflict of laws revolution”, *RDIPP*, vol. XXXVI, n° 4, 2000, pp. 873-884.
- ID., *Diritto dell’Unione e delle Comunità Europea*, 6ª edizione, Giuffrè, Milano, 2000.
- F. J. QUEL LÓPEZ, “Análisis de las reformas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Niza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año n° 5, n° 9, 2001 (ejemplar dedicado a: Especial Tratado de Niza), pp. 117-144.
- M. RAJOY BREY, “El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *Veintiuno: revista de pensamiento y cultura*, n° 52, 2001, pp. 10-14.
- O. REMIEN, “European Private International Law, the European Community and it’s emerging area of freedom, security and justice”, *CMLR*, vol. XXXVIII, n° 1, 2001, pp. 53-86.
- A. SAENZ DE SANTAMARÍA, “El tratado de Lisboa”: comienza una etapa para Europa”, *Diario La Ley*, n° 6851, 2007.
- F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n 44/2001*, 2ª edición, Cedam, Padova, 2003.
- A. V. M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le droit international privé”, *RCADI*, vol. CCXXXII, 1992.
- M. URREA CORRES, “El espacio de libertad, seguridad y justicia y la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: hacia una jurisdicción flexible” (Segundo Premio), *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n° 23, 2003, pp. 65-102.
- C. VATTIER FUENZALIDA, «Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea», *RDP*, n° 78, 1994, pp. 223-230.
- ID., “Los Principles of European Contract Law: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, abril 1998, n° 159, pp. 223-230.
- J. VICENT CHULIÁ, «La unificación del Derecho de obligaciones», *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 2, 1999, pp. 21-52.
- E. VILARIÑO PINTOS, “La cooperación en los ámbitos de justicia e interior en el Tratado de la Unión Europea. Los aspectos básicos para su realización”, *RIE*, vol. XXI, n° 1, 1994, pp. 61-83.
- A. VITORINO, “La constitución del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia” en M. OREJA AGUIRRE (DIR.) *El futuro de la Unión Europea: Unión política y coordinación económica*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 133-144.
- J. R. WETZEL, “Improving fundamental Rights protection in the European Union: resolving the conflicto and confusion between the Luxembourg and Strasbourg Courts”, *Fordham Law Review*, vol. LXXI, n° 6, 2003, pp. 2823-2862.

IV. La normas de conflicto de leyes y el principio de mutuo reconocimiento.

- B. ANCEL, “Regards critiques sur l’erosion du paradigme conflictuel”, en F. J. QUEL LÓPEZ *Cursos de Vitoria – Gasteiz, 2005*, Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 345-416.
- B. AUDIT, “Le caractere fonctionnel de la règle de conflit”, *RCADI*, vol. CLXXXVI, 1984 – III.

- M. AYRAL, «Le Marché Interieur a 700 jours de l'écheance du 31 décembre 1992: bilan et perspectives», *RMUE*, n° 2, 1991, pp. 105 y ss.
- T. BALLARINO / L. MARI, «Uniformità e riconoscimento- Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea», *Rivista di Diritto Internazionale*, n° 1, 2006, pp. 7-46.
- S. BARIATTI, «Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario», *RDIPP*, vol. XXXIX, 2003, pp. 671-706.
- ID., «Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni», *RDIPP*, vol. XLII, 2006, pp. 361-376.
- J. BASEDOW, «Le Marché unique, programme de déréglementation», *Revue International de Droit Comparé*, n° 3, 1993, pp. 619 y ss.
- M. V. BENEDETTELLI, «La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato», *Rivista delle società*, 1997, pp. 39-113.
- S. BOLLEE, «L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale», *RCDIP*, vol. XCVI, n° 2, 2007, pp. 307-355.
- A. – L. CALVO CARAVACA, «La norma de conflicto en el siglo XXI», en *Pacis Artes. Obra homenaje al Prof. J. D. González Campos*, vol. II, UAM, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1335-1374.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2004.
- D. CARREAU/ P. LAGARDE/ H. SYNVEIT, «La reconnaissance des noms patronymiques», *Répertoire de Droit International*, n° 1, Dalloz, Paris, 2009, pp. 13-15.
- CH. M. V. CLARKSON / J. HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª edition, Butterworths, London, 2002.
- P. COURBE, «Ordre public de proximité», *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 227-239.
- G. CUNIBERTI, «Commentaires, Conflits de Jurisdictions», *FDI*, 2008, pp. 145-153.
- G. DE BAERE, «Is this a Conflict Rule which I See before Me?: Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the Directive on Electronic Commerce», *Maastricht Journal of European Comparative Law*, vol. XI, n° 3, 2004, pp. 287-319.
- M. DE HOYOS SANCHO, «El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea», en M. JIMENO BULNES (COORD.) *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 67-93.
- ID., «La “piedra angular” de la cooperación judicial en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: el reconocimiento mutuo de resoluciones» en *El Tratado de Roma en su Cincuenta Aniversario (1957-2007)*, Comares, Granada, 2007, pp. 285-307.
- R. DE NOVA, «Rilevanza del contenuto delle norme in conflitto nella determinazione tradizionale della legge applicabile», *RDIPP*, vol. XIV, 1978, pp. 241-250.
- F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans les règlements des rapports internationaux*, Dalloz, Paris, 1973.
- J. DELGADO MARÍN, «Presente y futuro del espacio judicial europeo en el ámbito civil y mercantil: el principio de reconocimiento mutuo», *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, n° 28, 2006, pp. 5-18.
- F. DELPECH, *Le rôle de la règle de conflit en matière d'efficacité des décisions étrangères*, Thèse, Paris, I, 1999.
- A.L. DIAMOND, «Conflict of Laws in the EEC», *Current Legal Problems*, vol. XXXII, 1979, pp. 155-177.
- L. DÍEZ PICAZO, «Un Codice Civile europeo», en G. ALPA / E. M. BUCCICO (COORD), *La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 59-70.
- G. A. L. DROZ / H. GAUDEMET-TALLON, «La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *RCDIP*, vol. XC, n° 4, 2001, pp. 601-652.
- M. FALLON, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré», *RCADI*, vol. CCLIII, 1995.
- ID., «Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne», *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 241-262.
- J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Los procesos de unificación internacional de Derecho Privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados» en *La unificación jurídica europea*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 17-44.
- I.F. FLETCHER, *Conflict of Laws and European Community Law. With Special Reference to the Community Conventions on Private International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1982.

- PH. FRANCESCAKIS, *La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en DIPr.*, Sirey, Paris, 1958.
- P. FRANZINA, "Il coordinamento fra *lex fori* e norme uniformi nell'accertamento del titolo di giurisdizione secondo il regolamento (CE) n. 44/2001", *RDI*, n° 2, 2004, pp. 345-392.
- A. FUCHS / H. MUIR-WATT / E. PATAUT, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris 2004.
- F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial: cinco cuestiones clásicas*, Tecnos, Madrid, 1994.
- M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo en la Comunidad Europea y su incidencia en las normas materiales imperativas de los estados miembros [Microforma]: ¿hacia la regulación por el país de origen?*, Bellaterra, Barcelona, Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 1997.
- ID., "Reconocimiento mutuo y discriminación a la inversa" en *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza. Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Universidad de Cantabria, Santander, 2001, pp. 223-229.
- ID., "Reconocimiento mutuo y principio del Estado de origen: su incidencia en el ámbito del Derecho aplicable" en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (COORD.) *Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 521-537.
- H. GAUDEMET-TALLON, "De l'utilité d'une unification du Droit International Privé de la Famille dans l'Union Européenne?", *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185.
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "El proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", *REDI*, vol. LII, n° 2, 2000, pp. 662-669.
- J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios Homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5239-5270.
- ID., "Diversification, spécialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé", *RCADI*, vol. CCLXXXVII, 2000.
- L. GONZÁLEZ VAQUÉ / S. ROMERO MELCHOR, «Las cláusulas de reconocimiento mutuo en el ámbito del mercado único», *D. Negocios*, n.º 77, febrero 1977.
- P. GOTHOT / P. LAGARDE., "Conflits de lois, principes généraux", *Répertoire de Droit International*, Dalloz, Paris, n° 1, 2006, pp. 1-30.
- P. GOTHOT, "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé", *RCDIP*, 1971, pp. 417-450.
- J. A. GUTIÉRREZ FONS, "Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional", *Revista electrónica de estudios internacionales*, n° 10, 2005 (versión *on line*).
- M. GUZMÁN ZAPATER, "Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año n° 5, n° 10, 2001, pp. 405-438.
- ID., "El principio del reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado comunitario?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año n° 2, n° 3, 1998, pp. 137-170.
- V. HEUZE, "De la compétence du principe d'origine en matière contractuelle ou l'anti droit européen", en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 393-416.
- J. M. JACQUET, "La fonction supranationale de la règle de conflit de lois", *RCADI*, vol. CCXCII, 2001.
- ID., "Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats", *JDI Clunet*, 1991, pp. 679-689.
- E. JAYME / CH. KOHLER, "L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome", *RCDIP*, vol. LXXXIV, n° 1, 1995, pp. 1-40.
- E. JAYME, "Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi", *RDIPP*, vol. XLII, n° 2, 2006, pp. 353-360.
- N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique*, vol. I, Paris, 2002.
- G. KEGEL, « The Crisis of Conflict of Laws, General Course of Private International Law », *RCADI*, vol. CXII, 1964 – II.

- CH. KOHLER, "La Cour de Justice des communautés européennes et le droit international privé", *TCFDIP*, 1993/95, Paris, 1996, pp. 71-87.
- P. LAGARDE "Conflits de lois (principes généraux)", *Rép. Internat. Dalloz*, n° 1, Paris, 2006, pp. 1-30.
- ID., "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *RabelsZ*, n° 68, 2004, pp. 225-243.
- O. LANDO, "The Interpretation of Contracts in the Conflict of Laws", *RabelsZ*, n° 38, 1974, pp. 388-395.
- N. LIPARI, *Tratatto di diritto privato europeo*, vol. I, 2ª edición, Cedam, Turín, 2003.
- M. LÓPEZ ESCUDERO, «La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *GacetaJ. Serie D-19*, 1993, pp. 119 y ss.
- Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 8ª edición, Dalloz, Paris, 2004.
- Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. CXXXIX, 1973-II.
- ID., "La regle de conflict est-elle neutre?", *TCFDIP*, CNRS, Paris, 1981, pp. 43-60.
- ID., "L'evolution de la régle de conflit de lois", *TCFDIP*, CNRS, Paris, 1988 (Problèmes actuels de méthode en Droit international privé), pp. 79-104.
- P. MALAURIE, «Loi uniforme et conflits de lois», *Travaux du Comité français de droit international privé*, CNRS, Paris, 1964-1966, pp. 83-109.
- J. MAURY, "Règles générales des conflits de lois", *RCADI*, vol. LVII, 1936.
- P. MAYER, "La distinction entre règles et décisions et le droit international privé", *Dalloz*, Paris, 1973.
- ID., "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris 2005, pp. 547-573.
- ID., « Le mythe de l'ordre juridique de base » en *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, Litec, Paris, 1982.
- D. MCCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th edition, Sweet & Maxwell, London, 2005.
- H. MUIR-WATT, "Le rencontre dans l'espace de figures hybrides", *Revue Générale de Procédures*, n° 4, 1998, pp. 711-725.
- CH. PAMBOUKIS, « Note ss Paris, 2 avril 1998 », *RCDIP*, vol. LXXXVIII, n° 1, 1999, pp. 102-108.
- ID., "La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance", *RCDPI*, vol. XCVII, n° 3, 2008, pp. 513-560.
- S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Giuffrè, Milano, 2004.
- G. PAU, "Diritto internazionale privato de jure condendo", *RDI*, 1988, vol. LXXI, pp. 285-302.
- M. PELICHET « Garanties bancaires et conflits de lois », *RDAI*, 1990, pp. 335-356.
- P. PICONE, "Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti" en *Diritto internazionale privado e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, pp. 496-499.
- L. RADICATI DI BROZOLO, "Libre circulation dans la CE et règles de conflit", *RCDIP*, vol. LXXXII, n° 3, 1993, pp. 401-424.
- ID., "L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation" en P. LAGARDE / B. VON HOFFMANN (EDS.) *L'eupéanisation du droit international privé*, vol. VIII, Série de Publications de l'Académie de Droit Européen de Trèves, Köln, 1996, pp. 87 y ss.
- G. P. ROMANO, "La bilatéralité éclipsée par l'autorité", *RCDIP*, vol. XCV, n° 3, 2006, pp. 457-519.
- F. SALERNO, "Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del Regolamento (CE) n. 44/2001", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. II, n° 1, pp. 5-25.
- E. SPIRO, "Kinds of Conflict Rules", *The South African Law Journal*, vol. XCVI, 1979, pp. 598-606.
- H. D. TEBBENS, "Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire", *RCDIP*, vol. LXXXIII, 1994, pp. 451-482.
- R. VANDER ELST, "L'unification des regles de conflits de lois dans la CEE", *Journal des Tribunaux*, 1973, pp. 243-254.
- W. WENGLER, "General Principles of Private International Law", *RCADI*, 1961-III.
- M. WILDERSPIN / X. LEWIS, "Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres", *RCDIP*, vol. XCI, 2002, pp. 1-37 y 289-313.

E. ZABALO ESCUDERO / M. P. DIAGO DIAGO, “Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Estudios de Derecho Judicial, nº 130, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 245-309.

V. Los costes de transacción conflictuales.

J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Los costes de transacción”, en J. L. IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor A. Menéndez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 131-162.

ID., “Los juristas – españoles – y el análisis económico del Derecho”, *Revista para el análisis del Derecho* www.indret.com, nº 1, 2007, pp. 1-13.

J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 2000, pp. 11-26.

H. BERMAN / C. KAUFMAN, “The Law of International Commercial Transactions (lex mercatoria)”, *Harvard International Law Journal*, 1978, pp. 221-243.

G. CABALLERO MIGUEZ, “La economía regional de los costes de transacción: un enfoque neoinstitucional”, *RAE: Revista Asturiana de Economía*, nº 25, 2002, pp. 167-186.

F. CABRILLO RODRÍGUEZ, “Costes de transacción y eficiencia económica”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 1-2, 1997 (Ejemplar dedicado a: Factores productivos y competitividad en España), pp. 465-475.

R. H. COASE, *El problema del Costo Social. En la firma, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, 1960.

ID., “The nature of the firm”, *Economica*, vol. IV, 1937, pp. 386-405.

ID., “The problem of social cost”, *Journal of Law and Economics*, nº 3, 1960, pp. 1-44.

E. CONWAY, *50 cosas que hay que saber sobre Economía*, Ariel, Barcelona, 2010.

A. CORDELLA, “Does Information Technology Always Lead to Lower Transaction Costs?”, *The 9th European Conference on Information Systems*, Bled, Slovenia, June 27-29, 2001, pp. 854-864.

A. FONT BARROT / J. L. PÉREZ TRIVIÑO, *El Derecho para no juristas (una guía para entender el sistema jurídico)*, Deusto, Barcelona, 2009.

FURUBOTN AND RICHTER, *Institutions and Economic Theory*, University Michigan Press, 1997.

F. F. GARAU SOBRINO, “Libre movimiento de capitales y transacciones económicas con el exterior en la contratación internacional”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Curso de contratación internacional*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2006, pp. 913-934.

F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr.”, *Cursos de Dcho. Internacional Vitoria-Gasteiz 2001*, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 2002, pp. 88-154.

ID., “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales, una aproximación económica”, *REDI*, vol. XLVII, nº 2, 1995, pp. 11-41.

L. GARICANO / S. N. KAPLAN, *The effects of business-to-business e-commerce on transaction costs*, Cambridge (Massachusetts), National Bureau of Economic Research, 2000, Colección NBER working paper series, 8017.

B. GOLDMAN, “Frontières du droit el lex mercatoria”, *Archives de Philosophie du droit*, vol. IX, 1964, pp. 46-69.

ID., “La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives”, *JDI Clunet*, vol. CVI, 1979, pp. 475-508.

F. GÓMEZ, “Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿qué puede enseñar Coase a los juristas?”, *Anuario de derecho civil*, vol. LI, nº 3, 1998, pp. 1035-1070.

N. GREGORY MANKIW, *Principios de Economía*, 3ª edición, McGraw-Hill, Madrid, 2004.

M. GUIADO TATO / C. A. FERRO SOTO, “Propuesta de un modelo de diseño de investigación sobre la vertebración industrial de un sector basada en la teoría de los costes de transacción”, *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, vol. XI, nº 4, 2002, pp. 37-54.

E. JAYME, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *RCADI*, vol. CCLXXXII, 2000.

O. KAHN – FREUND, “Delictual liability and the conflict of laws”, *RCADI*, vol. CXXIV, 1968 – II.

H. KERKMEESTER, “Methodology: general”, en B. BOUCKAERT AND G. DE GEEST *Encyclopedia of Law and Economics*, (University of Ghent and University of Utrecht), 2000, pp. 383-401.

P. R. KRUGMAN/ M. OBSTFELD, *Economía internacional, teoría y política*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

- P. LALIVE, “Tendances et méthodes en droit international privé (Cours Général)”, *RCADI*, vol. CLV, 1977, pp. 1-424.
- W. LANDSDORFF, *Historia sencilla de las ideas jurídicas*, Colex, Madrid, 2003.
- M. A. LÓPEZ NAVARRO, “La exportación agrupada como forma de acceso a los mercados internacionales: una aproximación desde la perspectiva de los costes de transacción”, *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, n° 2730, 2002, pp. 13-20.
- P. MANKOWSKI, “The principle of characteristic performance revisited yet again” en K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GISBERGER & SYMEONIDES (EDS.) *Convergence and Divergence in Private International Law*, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Netherlands, 2011, pp. 433-462.
- P. MERCADO PACHECO, “La construcción teórica del análisis económico del Derecho”, *Revista galega de Administración pública*, n° 30, enero – abril 2002, pp. 15-43.
- F. MOCHÓN MORCILLO, *Economía, teoría y política*, Mc. Graw Hill, Madrid, 2005.
- H. MUIR-WATT, “Aspects économiques du droit international privé”, *RCADI*, vol. CCCVII, 2004.
- D. C. NORTH, “Una teoría de costes de transacción del intercambio” en J. A. FERNÁNDEZ CORNEJO / M. AHJADO QUINTILLÁN (COORDS.) *Lecturas de microeconomía y economía industrial*, Ediciones Pirámide, 1998, pp. 219-234.
- P. NORTH, *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*, FCE, México, 1990.
- C. PAZ – ARES, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, en AAVV *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Prof. M. Broseta Pont*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900.
- ID., “Seguridad jurídica y Seguridad del tráfico”, *Revista de Derecho Mercantil*, n° 175-176, enero-junio 1985, pp. 7-41.
- J. REQUEJO, *Economía Mundial (un análisis entre dos siglos)*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- J. RODRÍGUEZ DE RIVERA, *El planteamiento de los costes de transacción*, 1999.
- P. A. SAMUELSON / W. D. NORDHAUS, *Economía*, 17ª edición, McGraw-Hill, Madrid, 2002.
- D. SCHMIDTCHEN / H. G. SCHMIDT-TRENZ, “The division of labor is limited by the extent of the law”, *Constitutional Political Economy*, vol I, n° 3, 1990, pp. 49 y ss.
- C. M. SCHMITTHOFF, “International Trade and Private International Law”, *Von Deutschen zum Europäischen Recht. Festschrift für H.Dölle*, vol.II, Tubinga, Mohr, 1963, pp. 261-280.
- O. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antritrust Implications*, Tlíc Free Press, New York, 1975.
- O. E. WILLIAMSON / S. E. MASTEN, *The economics of transaction costs*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 1999.

VI. Las obligaciones contractuales en Derecho internacional privado. Aproximaciones generales:

1. Doctrina española.

- H. AGUILAR GRIEDER, “El impacto del Reglamento Roma I en el contato internacional de agencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. III, n° 1, 2011, pp. 24-46.
- ID., “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, n° 1, 2009, pp. 19-35.
- M. AGUILAR NAVARRO EN M. AGUILAR NAVARRO Y OTROS, *Derecho civil internacional*, 4ª edición, Servicio de publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1975 (reimpresión en 1979), pp. 521-656.
- J. F. AGUILO PIÑA, “Consideraciones sobre el contrato de franquicia”, *RGD*, n° 507, 1985, pp. 4807-4842.
- J. ALFARO ÁGUILA- REAL, “Franchising”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 3153-3158.
- ID., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.
- R. ALONSO SOTO, “Contratos de distribución comercial” en R. URÍA / A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 167-221.
- ID., “Contratos de distribución comercial y defensa de la competencia”, *Cuadernos de derecho judicial*, n° 21, 2006, pp. 161-200.
- P. ÁLVAREZ DE BENITO, *Las obligaciones del autor en el contrato de edición*, Bosch, Barcelona, 1998.

- J. BELDA MERCADO, "La transmisión de la propiedad a través de la permuta y la compraventa", en *El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española*, Universidad de Huelva, 2001, pp. 305-316.
- J. L. BENAVIDES, "Contrato de prestación de servicios: Dificil delimitación frente al contrato realidad", *Revista Derecho del Estado*, nº 25, 2010, pp. 85-115.
- F. P. BLASCO GASCÓ, *La hipoteca inmobiliaria y el crédito inmobiliario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- A. BONET NAVARRO, "Contrato de distribución y venta exclusiva", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 10, 1986, pp. 3487-3500.
- J. E. CACHÓN BLANCO, "Aproximación al marco jurídico de las relaciones de liquidez del mercado de valores y, en particular, el contrato bursátil de liquidez", *Revista de Derecho bancario y bursátil*, Año nº 13, nº 56, 1994, pp. 967-988.
- A.-L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (DIRS.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997.
- A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, (2ª edición, Colex, Madrid, 2007).
- ID., "Sociedades Mercantiles y Libertad de Establecimiento y Conflicto de Leyes en la Unión Europea" en *Derecho Comercial en el siglo XXI*, Universidad de La Sabana, Temis S.A. 2008. También en *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. LV, nº 1, 2007, pp. 49-121.
- F. J. CALVO GALLEGO, "Arrendamiento de empresa y contrato de obra o servicio determinado", *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 51, 1999, pp. 227-244.
- M. P. CANEDO ARRILLAGA, "Notas breves sobre la STJUE (Sala Cuarta) de 25 de febrero de 2010 (Car Trim: asunto C-381/08): los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. III, nº 1, 2011, pp. 263-269.
- ID., "Contratos internacionales de garantía" en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Curso de Contratación Internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 271-299.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ EN A. MARÍN LÓPEZ Y OTROS, *DIPr.* vol. II, 1994, pp. 291-328.
- ID., "La lucha por la prestación característica (I): Los contratos internacionales de distribución" en A. L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDEÑA (DIRS.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 349-369.
- I. C. CASANUEVA SÁNCHEZ, "El contrato de fianza en los ordenamientos jurídicos italiano y español", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 17, 1999, pp. 613-632.
- E. CASTELLANOS RUIZ, "Compraventa internacional" en A. - L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Curso de contratación internacional*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2006, pp. 191-306.
- M. C. CRESPO MORA, "Contrato estimatorio y transmisión de la propiedad", *Revista de derecho patrimonial*, nº 23, 2009, pp. 603-607.
- M. CURTO POLO, *La cesión de marca mediante contrato de compraventa*, Aranzadi, 2002.
- L. DE ANGULO RODRÍGUEZ, "El contrato de comisión" en G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (COORD.) *Derecho Mercantil*, vol. II, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 263-277.
- E. X. DE MELLO, "El contrato de suministro estimatorio", *Estudios jurídicos*, nº 1, 2006, pp. 143-161.
- P. DE MIGUEL ASENSIO, "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *DCI*, 1998, pp. 859-883.
- J. M. DESANTES GUANTER, *La relación contractual entre autor y editor*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1970.
- Mª. P. DIAGO DIAGO, "El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del Proceso Kimberley", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. I, nº 1, pp. 72-91.
- E. M. DOMÍNGUEZ PÉREZ, "Contrato estimatorio. Calificación jurídica del contrato: contrato estimatorio o contrato de compraventa", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 81, nº 690, 2005, pp. 1478-1486.
- G. DORIO FIORELLI, "Contratti internazionali di distribuzione: problema di legge applicabile e di giurisdizione", *RDIPP*, vol. XLIII, 2007, pp. 633-656.
- A. DURÁN AYAGO, "Contratos internacionales de distribución" en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Curso de contratación internacional*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2006, pp. 415-419.

- ID., "Contrato estimatorio internacional" en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.) *Curso de Contratación Internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 265-270.
- D. ECHAZ MORENO, "El contrato de outsourcing", *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, n° 122, 2008, pp. 763-793.
- ID., "El contrato de management", *Revista de derecho comercial*, n° 3, 2010, pp. 189-229.
- J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, *El contrato de franquicia*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1995.
- M. ESLAVA RODRÍGUEZ, "Aplicación del Derecho de la competencia de la CEE a los derechos de licencia de patente exclusiva", *Noticias de la Unión Europea*, n° 64, 1990, pp. 69-76.
- J. M. ESPINAR VICENTE, *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979.
- C. ESPLUGUES MOTA (COORD.), *Contratación internacional*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- G. ESTEBAN DE LA ROSA, "La adaptación de los contratos en el comercio internacional", *AEDIPr.*, n° 7, 2007, pp. 71-93.
- R. FERNÁNDEZ-GUERRA FERNÁNDEZ, "La reforma del contrato de construcción naval en el Proyecto de Ley general de navegación marítima de 2008", *Revista del derecho de transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, n° 7, 2011, pp. 93-117.
- J. FERNÁNDEZ MERINO, "El mandato de crédito" en M. MUÑOZ CERVERA / U. NIETO CAROL (COORDS.) *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 813-844.
- E. GADEA SOLER, "El contrato de préstamo bancario. El préstamo bancario de dinero" en E. GADEA SOLER / A. SEQUEIRO MARTÍN (COORDS.) *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 701-740.
- E. GALLEGO SÁNCHEZ, *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991.
- C. GARCÍA DE LA RASILLA ARAMBARRI, "El contrato de patrocinio publicitario: regulación del contrato en previsión de futuros conflictos entre patrocinado y patrocinador", *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, n° 29, 2010, pp. 515-528.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *REDI*, vol. XLVII, 1995-II, pp. 11-41.
- I. GIMÉNEZ GARCÍA, "El contrato de franquicia: cuestiones generales", *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 21, 2006, pp. 375-410.
- A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos de edición en Derecho internacional privado español*, Comares, Granada, 2002.
- ID., "El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y Derecho aplicable", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. III, n° 1, 2011, pp. 179-194.
- L. HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- A. HERNANDO JIMÉNEZ, *El contrato de franquicia de empresa*, Civitas, Madrid, 2000.
- R. HERRERA CAMPOS, "Contrato de mandato" en F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA (COORDS.) *Curso de Derecho Civil*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 529-547.
- N. IKÁKULIS ARREGUI, "Aproximación al contrato de publicidad", *Derecho de los Negocios*, Año n° 13, n° 140, 2002, pp. 15-40.
- J. JACOBO, "El contrato de empresa internacional en la regulación de los contratos de arrendamiento de inmuebles", *Revista crítica de derecho privado*, n° 6, 2009, pp. 203-213.
- J. L. LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, vol. II, 2ª edición, Bosch, Barcelona 1986.
- R. LARA GONZÁLEZ, "El contrato de agencia" en S. CÁMARA LAPUENTE (COORD.) *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 669-690.
- C. LARRUMBE LARA, "Problemas prácticos en la aplicación de la ley sobre contrato de agencia", *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 1, 2006, pp. 83-122.
- E. J. LÁZARO SÁNCHEZ, "El contrato de franquicia (aspectos básicos)" *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n° 18, 2000, pp. 91-116.
- C. LEMA DEVESA, "La repercusión de la patente europea y de la patente comunitaria en España", *Actas de derecho industrial y de derecho de autor*, tomo 5, 1978, pp. 671-674.
- C. R. LEÓN OROZCO, "El contrato internacional de ingeniería: una aproximación, a propósito del caso Eurotúnel", *Revista e-mercatoria*, n° 2, 2008, pp. 376-399.
- M. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, "Patente europea y patente comunitaria", *Estudios de derecho judicial*, n° 49, 2003, pp. 47-82.

- F. LÓPEZ GUZMÁN / W. I. MORGENSTEIN SÁNCHEZ / H. A. ALARCÓN QUIROGA, “Compraventa internacional de mercaderías: investigación y enseñanza del Convenio de Viena de 1980”, *Studiositas*, vol. IV, nº 2, 2009, pp. 23-37.
- A. LOZANO RAMÍREZ, “El contrato de franquicia”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, nº 31, 1998, pp. 369-394.
- J. L. LUCEÑO OLIVA, “El contrato de licencia de marca desde la perspectiva del licenciante”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 162, 2011, pp. 56-59.
- J. LLOBET AGUADO, “El contrato de juego y apuesta”, *La Ley*, nº 3, 1993, pp. 761-788.
- G. MARRERO GONZÁLEZ, “El renacimiento del contrato de permuta en el ámbito inmobiliario: análisis doctrinal y jurisprudencial de la permuta de solar por pisos o locales a construir”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad La Laguna, nº 25, 2008, pp. 217-244.
- N. MARTÍ SÁNCHEZ, “El contrato de préstamo” en U. NIETO CAROL (COORD.) *Aspectos prácticos de la contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 1996, pp.79-110.
- E. MARTÍNEZ SANTOS, “La patente en Europa”, *Boletín de información sobre las Comunidades Europeas*, nº 33, 1991, pp. 12-17.
- I. MATEO Y VILLA, “De la anticresis: algunas cuestiones”, *Revista de derecho privado*, Año nº 95, mes 5-6, 2011, pp. 83-112.
- R. MEDRÁN VIOQUE, *Manual práctico de contratación internacional*, Difusión Jurídica y Temas de actualidad, Barcelona, 2007.
- J. A. MENDIETA PINEDA, “Distribución del riesgo en el contrato de agencia comercial”, *Revista e-mercatoria*, nº 1, 2006, pp. 120-145.
- A. MIAJA DE LA MUELA, *DIPr.* II, 1987, pp. 293-317 y 336-364 (revisión de N. BOUZA VIDAL).
- L. M. MIRANDA SERRANO, “La perfección del contrato en pública subasta: aproximación desde el régimen legal del comercio minorista” en J. A. GÓMEZ SEGADE / A. GARCÍA VIDAL / M. OLIVENCIA RUIZ (COORDS.) *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. C. Fernández – Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 601-620.
- N. I. MORALEJO IMBERNÓN, *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Cizur (Menor): Aranzadi, 2010.
- D. A. MORÁN BOVIO, “El contrato de préstamo mercantil” en G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (COORD.) *Derecho mercantil*, vol. II, 8ª edición, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 406-423.
- I. MORATILLA GALÁN, “Contrato de agencia. Contrato de comisión: mandato mercantil”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año nº 80, nº 684, 2004, pp. 1977-1988.
- C. MUÑOZ VIADA, *Transmisión de los derechos de autor: el contrato de edición*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, D. L. 2007.
- U. NIETO CAROL, “El contrato de comisión bursátil” en J. MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ / ALBERTO ALONSO UREBA (COORDS.) *Instituciones del mercado financiero*, vol. VIII, Sopec, Madrid, 1999, pp. 4979-5022.
- H. NÚÑEZ, “El contrato de página web”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 51, 2002, pp. 74-87.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “El contrato de compraventa internacional de mercaderías” en A. ORTEGA GIMÉNEZ / J. RUBIO SANZ *Gestión del cobro de las operaciones de venta internacional*, Editorial Club Universitario, 2005, pp. 13-58.
- ID., “El contrato de franquicia internacional”, *Iuris: Actualidad jurídica y práctica del derecho*, nº 30, 2008, pp. 44-50.
- ID., “El contrato de concesión o distribución comercial internacional”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 128, 2008, pp. 55-60.
- ID., “El contrato “Joint Venture” internacional”, *Economist & Jurist*, vol. XV, nº 112, 2007, pp. 18-28.
- A. ORTÍ VALLEJO, “El contrato de fianza” en F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA (COORDS.) *Curso de derecho civil*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 683-701.
- P. ORTIZ SEIJAS, “Contrato de licencia de la marca”, *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 79, 2007, pp. 75-78.
- M. D. ORTIZ VIDAL, “El crédito documentario en el comercio internacional”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, vol. I, nº 43, 2009, pp. 39-53.
- J. M. OSORIO SERRANO, “El contrato de permuta” en F. J. SÁNCHEZ CALERO / B. MORENO QUESADA (COORDS.) *Curso de derecho civil*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 329-332.
- R. PADILLA GONZÁLEZ, “El transporte de mercancías en régimen de conocimiento; el contrato de pasaje, el contrato de remolque y otros contratos auxiliares de la explotación comercial del buque; los contratos de utilización de la aeronave” en G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (COORD.) *Derecho mercantil*, vol. II, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 1068-1093.

- I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, "El contrato de préstamo" en J. F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.) *Instituciones de Derecho privado*, vol. III, tomo 2, Civitas, Madrid, 2001, pp. 939-1138.
- J.A. PÉREZ BEVIÁ, "Las obligaciones contractuales", en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 257-292.
- E. F. PÉREZ CARRILLO, "Impacto del Tratado de Lisboa de la Unión Europea sobre la creación de un título de patente comunitario y de un tribunal de patente europea y comunitaria", *Actas de derecho industrial y de derecho de autor*, tomo 30, 2009-2010, pp. 523-538.
- F. PUIG BLANCO / E. LINARES NAVARRO / J. PLA BARBER, "El Control y la Confianza: dos rivales en las International Joint Ventures", *Tec Empresarial*, vol. I, nº 2, 2007, pp. 32-40.
- L. PUIG FERRIOL, "Conflictos de leyes en materia de contratos", *Ciclo de Conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código civil*, Barcelona, 1975, pp. 101-126.
- M. RAJADELL I CARRERAS, "Joints Ventures: puntos fuertes, puntos débiles y causas para su creación", *Alta dirección*, Año nº 38, nº 228, 2003, pp. 75-83.
- E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, "El contrato de distribución y de distribución exclusiva", *Cuadernos de derecho judicial*, nº 21, 2006, pp. 123-160.
- A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, "Joint Venture y Derecho de la Competencia", *Noticias de la Unión Europea*, nº 29, 1987, pp. 57-60.
- I. RODRÍGUEZ DÍAZ, "En torno a la garantía a primera demanda", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 22, nº 90, 2003, pp. 7-52.
- P. RODRÍGUEZ MATEOS, "Una perspectiva funcional del método de atribución", *REDI*, vol. XL, nº 1, 1988, pp. 79-126.
- J. M. RODRÍGUEZ OLMOS, "La oportunidad de saneamiento del incumplimiento del vendedor en el régimen de vicios materiales. Algunas reflexiones a partir del Derecho alemán de la compraventa", *Revista de Derecho privado*, nº 17, 2009, pp. 107-140.
- A. RONCERO SÁNCHEZ, *El contrato de licencia de marca*, Civitas, Madrid, 1999.
- R. RUEDA VALDIVIA, "El contrato internacional de agencia comercial: un análisis desde la perspectiva del Derecho aplicable", *Derecho de los Negocios*, Año nº 8, nº 86, 1997, pp. 17-40.
- F. SÁNCHEZ CALERO / J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 29ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, "Contrato internacional de factoring" en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Curso de Contratación Internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 301-316.
- ID., "Contrato internacional de leasing" en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *Curso de Contratación Internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 317-331.
- R. SÁNCHEZ LERÍA, "El contrato de hospedaje en página web: estructura contractual básica y la protección de los usuarios", *Revista de la contratación electrónica*, nº 61, 2005, pp. 3-30.
- P. SERANTES SANCHEZ, *Gestión financiera del comercio exterior. Casos prácticos*, Ices Instit Español Comercio Exterior, 2001.
- S. SERRANO ESCRIBANO, "La garantía a primera demanda", *Cuadernos de estudios empresariales*, nº 9, 1999, pp. 281-297.
- M. R. TAPIA SÁNCHEZ, "El contrato de préstamo bancario. El préstamo sindicado" en E. GADEA SOLER / A. SEQUEIRA MARTÍN (COORDS.) *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 753-773.
- A. M. TOBÍO RIVAS, "El contrato de franquicia en el Derecho comunitario de la competencia", *Actas de derecho industrial y de derecho de autor*, tomo 12, 1987-1988, pp. 217-258.
- F. VALENZUELA GARACH, "El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales" en M. MUÑOZ CERVERA / U. NIETO CAROL (COORDS.) *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 421-466.
- R. J. VÁZQUEZ GARCÍA, "El contrato de franquicia, propiedad industrial y competencia económica" en *Derecho de la Propiedad Industrial: Jornadas sobre Derecho de la Propiedad Industrial*, Consejo General de los Colegios Oficiales de los Corredores de Comercio, Córdoba, 1993, pp. 219-260.
- A. R. VIDAL OLIVARES, "El riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CVIM)", *Ius et Praxis*, vol. VIII, nº 2, 2002, pp. 519-555.
- M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales" en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª edición revisada, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-208.
- ID., *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989.
- ID., "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato", en J. L.

- IGLESIAS PRADA (COORD.) *Estudios en homenaje al Prof. A. Menéndez*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5289-5309.
- ID., “Art. 10.5 CC”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, en M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART (DIRS.), 2ª edición, Edersa, Madrid, 1995, pp. 609-694.
- R. XUCLÁ COMAS / R. M. POMÉS GUSPÍ, “La llamada garantía a primer requerimiento o a primera demanda”, *Palestra Universitaria*, nº 14, 2001, pp. 47-71.
- M. YSÀS I SOLANES, “Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo”, *Derecho de los negocios*, Año nº 4, nº 34-35, 1993, pp. 1-19.
- 2. Doctrina extranjera.**
- G. ALPA, “Le contrat individuel et sa définition”, *RIDC*, vol. XL, nº 2, 1988, pp. 327-350.
- S. BARIATTI, “La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale private!”, *RDIPP*, vol. XLI, nº 1, 2005, pp. 5-24.
- H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Librairie de recueil Sirey, Paris, 1938.
- F. BENIGNI, “Il contratto nel commercio internazionale. Un nuovo tipo?”, *DCI*, vol. V, nº 2, 1991, pp. 293-298.
- D. BERLIN, “Droit international et distribution internationale”, *DPCI*, 1993, pp. 6-61.
- G. BLANC JOUVAN, *L'après – contrat: Étude a partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, PU Aix Marseille, Marseille, 2003.
- A. BOGGIANO, “International standard contracts”, *RCADI*, vol. CLXX, 1981.
- M. J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Giuffré, Milano, 1976.
- F. BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, Cedam, Padova, 1997.
- S.M. CARBONE / R. LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, UTET, Torino, 1994.
- ID., “I contratti del commercio internazionale”, en RESCIGNO (ED.) *Trattato di Diritto privato*, UTET, Torino, 1984, pp. 113-177.
- I. CECCHINI, *Il contratti dell'editore*, Guerini, Milano, 2000.
- R. DE NOVA, “Obbligazioni (Diritto internazionale privato)”, *Edd*, vol. XXIX, Milano, 1979, pp. 456-500.
- G. R. DELAUME, *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes*, Oceana Publications, Nueva York, 1986.
- U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali*, Cedam, Padova, 1984.
- M. FONTAINE / F. LY, *Drafting international contracts. An analysis of contract clauses*, Fitness Information Technology, Nueva York, 2006.
- A. FRIGNANI, “Il contratto internazionale”, en F. GALGANO (DIR.) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1991, pp. 1-8.
- M. GIULIANO, “La loi applicable aux contrats: problemes choisis”, *RCADI*, vol. CLVIII, 1977, pp. 185-270.
- P. HEARN, *Contratti commerciali internazionali*, Etaslibri, Milano, 1987-1991.
- J.M. JACQUET, *Le contrat international*, Dalloz, París, 1992.
- ID., “Contrats”, *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50.
- F.K. JUENGER, “The lex mercatoria and private international law”, *Uniform Law Review*, 2000, pp. 171-188.
- A. KACZOROWSKA, “Règles uniformes d'interprétation d'un contrat international”, *RDIDC*, vol. LXVIII, nº 3, 1991, pp. 294-313.
- O. LANDO, “The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles”, *RCADI*, vol. CLXXXIX, 1984.
- ID., “Contracts” en *International Encyclopedia of Comparative Law*, VIII, chapter 24, Tubingen, 1976, pp. 33 y ss.
- F. LECLERC, “Le contrat cadre en droit international privé”, *TCFDIPr*, 2004, pp. 3-25.
- E. MCKENDRICK, *Contract Law, Text, Cases, and Materials*, 3rd edition, OUP Online Resource Center, 2008.
- J. MOREL – MAROGER, “Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés européennes”, *JDI Clunet*, nº 2, 2010, pp. 579-589.
- P.M. NORTH, “Reform (but not revolution)”, *RCADI*, vol. CCXX, 1990.
- ID., “Contract” en *Reform, but not Revolution. General Course on Private International Law*, vol. CCXX, 1990-I, pp. 152-205.
- P. OLIVER / M.A. JARVIS, *Free movement of goods in the European Community under articles 28 to 30 of the EC treaty*, 4th edition, Sweet & Maxwell, London, 2003.

G. PANZARINI, "Il forfaiting: la funzione specie nel mercato internazionale, le technique, la qualificazione" en A. POLO DIEZ (COORD.) *Estudios de Derecho bancario y bursátil homenaje a E. Verdera y Tullés*, vol. III, La Ley-Actualidad, Madrid, 1994, pp. 2047-2064.

F. POCAR, "L'unification des regles de conflits en matiere de contrats dans la Communauté économique européenne", *Comunicazioni e Studi*, vol. XV, 1978, pp. 165-193.

L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, « Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa », en F. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile a i contratti nella proposta di regolamento "Roma I" – Tai della giornata di studi - Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 1-8.

H. VAN HOUTTE, *The Law of International Trade*, 2ª edition, Sweet & Maxwell, London, 2002.

F. B. VISCHER, "The Antagonism between Legal Security and the Search of Justice in the Field of Contracts", *RCADI*, vol. CXLII, 1974.

W. WENGLER, "Immunité législative des contrats internationaux", *RCDIP*, 1971, pp. 637-601.

L. WOODS, *Free movement of goods and services within the European community*, Aldershot, United Kingdom, 2004.

VII. Principio de proximidad, previsibilidad y eficiencia.

S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Objeto del DIPr. y especialización normativa", *ADC*, vol. XLVI, nº 3, 1993, pp. 1109-1151.

T. BALLARINO / G. P. ROMANO, "Le principe de proximité chez Paul Lagarde (quelques précisions et développements récents)", en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 37-54.

L. M. BENTIVOLGLIO, "Sulla natura dei criterio di collegamento utilizzati dalla norma di diritto internazionale privato", *Comunicazione e Studi*, vol. VIII, 1957, pp. 141-156.

O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2003.

L. BRILMAYER, *Conflict of Laws*, 2nd edition, Little Brown and Company, Boston, 1995.

A. BUCHER, "La famille en droit international privé", *RCADI*, vol. CCLXXXIII, 2000, pp. 9-186.

ID., "Vers l'adoption de la méthode des intérêts? Réflexions à la lumière des codifications récentes", *TCFDIP*, 1993/95, pp. 209-229.

A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Aplicación del Derecho extranjero y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Tribunales de Justicia*, nº 11, 2000, pp. 1155-1170.

ID., "Normas de conflicto, aplicación del Derecho extranjero en España y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Anuario de Derecho Internacional Privado*, nº 1, 2001, pp. 215-237.

B. CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, Durham, 1963.

F. C. DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, traducido del alemán por M. CH. GUENOUX y vertido al castellano por JACINTO MESSÍA Y MANUEL POLEY, Madrid, 1879, vol. VIII, edición facsimil de Comares, Granada, 2005.

A. FERRER CORREIA, "Les problèmes de codification en droit international privé", *RCADI*, vol. CXLV, 1975, pp. 57-204.

F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Regulatory Competition: A private International Law Approach", *European Journal of Law and Economics*, vol. VIII, nº 3, 1999, pp. 251-270.

H. GAUDEMET-TALLON, "Nationalité, statut personnel et droits de l'homme", *Festschrift für E. Jayme*, München, 2004, pp. 205-221.

E. JAYME, "Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne", *RCADI*, vol. CCLI, 1995, pp. 9-267.

M. JORGE, "Rattachements alternatifs et principe de proximité: Les apports récentes du droit international privé portugais", *Droit international et droit communautaire, (Actes du colloque, Paris, 5-6 abril 1990)*, Paris, 1991, pp. 213-226.

O. KAHN-FREUND, "La notion anglaise de la *proper law of the contract* devant les juges et devant les arbitres. Ses développements récents et des affinités avec l'avant-projet européen d'unification des regles de conflit en la matiere", *RCDIP*, vol. LXII, 1973, pp. 607-617.

G. KEGEL, "The Conflict-of-Laws Machine", *IPRax*, nº 5, 1996, pp. 309-315.

B. H. KOBAYASHI / L. E. RIBSTEIN, "Contract and Jurisdictional Competition" en F. H. BUCKLEY (ED.) *Fall and Rise of Freedom of Contract*, NC, Duke University Press, Durham, 1998, pp. 325-349.

T. S. KOGAN, "Towards a Jurisprudence of Choice of Law: The priority of Fairness over Comity", *New York University Law Review*, 1987, pp. 651-714.

P. LAGARDE, « Commentaire de la convention », *RCDIP*, vol. LXXX, nº 2, 1991, pp. 306-321.

- ID., "Les principes du droit international privé hier, aujourd'hui et demain", en *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década. IV jornadas DIPr.*, CESSJ, Madrid, 1995, pp. 17-33.
- O. LANDO, "Conflicts lawyers, I have rea and met", *RabelsZ*, vol. LXXV, n° 3, 2011, pp. 485-496.
- A. N. MAKAROV, "Réflexions sur l'interprétation des circonstances de rattachement Dans les règles de conflit faisant partie d'une convention international", *Mélanges offerts à J. Maury*, vol. I, Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 207-230.
- F.A. MANN, "The Proper Law of the Contract", *ICLQ*, vol. III, 1950, pp. 60-73.
- B. NOLDE, "La codification du droit international privé", *RCADI*, vol. LV, 1936, pp. 299-432.
- P.E. NYGH, "The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort", *RCADI*, vol. CCLI, 1995.
- E. A. O' HARA, "From Politics to Efficiency in Choice of Law", *University of Chicago Law Review*, n° 67, 2000, pp. 1151 y ss.
- G. PAU, "Le norme imperativa nella Convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXV, 1982, pp. 868-872.
- C. PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional (Una aproximación a la Teoría económica del Derecho)", *Anuario de Derecho Civil*, n° 34, 1981, pp. 664 y ss.
- A. PRUIJNER, "Le droit international privé: un droit du rattachement", *Études de droit international en l'honneur de P. Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 1993, pp. 161-172.
- F. RIGAUX, "Colloque Fribourg relatif au projet suisse de loi fédérale sur le droit international privé", *Études suisses de droit international*, vol. XIV, Georg, Ginebra, 1985, pp. 83-84.
- J. G. SAUVEPLANNE, "New Trends in the Doctrine of Private International Law and their Impact on Courts Practice", *RCADI*, vol. CLXXV, 1982, pp. 9-98.
- S. C. SYMEONIDES, « Private international Law at the end of the 20th Century: Progress or regress », *XVth International Conngress of Comparative Law*, Bristol, 1998, pp. 87-138.
- M. H. VAN HOOGBRATEN, "La codification par Traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye", *RCADI*, vol. CXXII, 1967, pp. 337-435.
- M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen vs. Estado de destino", *Indret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, n° 4, 2004, pp. 1-20.
- E. VITTA, "Il principio de nacionalità nel diritto internazionale privato italiano", *RDIPP*, 1981, pp. 345-363.
- O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895.
- SP. VRELLIS, "La justice 'matérielle' dans une codification du droit international privé", *Liber amicorum G.A.L. Droz, Kluwer Law International*, The Hague, 1996, pp. 541-562.
- W. WENGLER, "L'evolution moderne du droit international privé et la previsibilité du droit applicable", *RCDIP*, vol. LXXIX, n° 3, 1990, pp. 663 y ss.
- J. WESTLAKE, *A Treatise on Private International Law or the Conflict of Laws*, T. & J.W. Johnson, Philadelphia, 1859.
- D. WITTMAN, "General Structure of the Law" en B. BOUCKAERT AND G. DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics* (University of Ghent and University of Utrecht), 2000, pp. 1072-1094.

VII. Autonomía de la voluntad conflictual.

- Q. ALFONSÍN, "La teoría de la autonomía de la voluntad aplicada al régimen internacional de los contratos", *Información jurídica*, n° 77, 1949, pp. 1381-1396.
- A. AUBREY, "Domaine de la loi d'autonomie en Droit international privé", *JDI Clunet*, 1896, pp. 465-489.
- G. BALLADORE PALLIERI, "L'autonomia dei contraenti nel diritto internazionale privato", *DI*, vol. XVIII, 1963, pp. 153-178.
- S. BARIATTI, "The future "communitarization" of the Choice of Law Rules on Non-Contractual Obligations (The "Rome I" Regulation)", en A. MALATESTA *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Cedam, Padova, 2006, pp. 19 y ss.
- H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956.
- N. BOUZA VIDAL, "Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la Jurisdicción y de la Ley aplicable a los contratos internacionales", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz 2004*, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 2005, pp. 32-91.

- H. L. BUXBAUM, "Regulatory policy in transnational litigation: the influence of judicial globalization" en *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, München, 2004, pp. 87-104.
- S.M. CARBONE, "L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti", *RDIPP*, vol. XLIII, 2007, pp. 891-920.
- ID., "L'autonomia privata nel diritto internazionale privato delle obbligazioni", *DCSI*, 1982, pp. 15-38.
- J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, Bruxelles, 1992.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Elección múltiple y elección parcial de la Ley aplicable al contrato internacional", *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, n° 18, 2000, pp. 7-40.
- ID., *El contrato internacional (fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, Madrid 1992, pp. 155-170.
- P. B. CARTER, "Choice of Law: Methodology or Mythology", *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing und Lichtenhahn, Basilea, 1993, pp. 11-19.
- A. CURTI GIALDINO, "La volonté des parties en droit international privé", *RCADI*, vol. CXXXVII, 1972.
- J. FOYER, "Le contrat d'«electio juris» à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980", en *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 169-179.
- P. GANNAGE, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *RCDIP*, vol. LXXXI, 1992, pp. 425-454.
- M. GIULIANO, "La loi d'autonomie, le principe et sa justification theorique", *RDIPP*, vol. XV, 1979, pp. 217-235.
- C. HAHN, *La liberté de choix dans les instruments communautaire récents : « Rome I » et « Rome II » : L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général*, Pedone, Paris, 2009.
- P. HAY, "Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law", *RCADI*, vol. CCXXVI, 1991.
- J.-M. JACQUET, *Principe de autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983.
- ID., « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », en G.BUINO (DIR.) *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 727 y ss.
- O. LANDO, "Party Autonomy in the EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations" en *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruselas, Larquier, 1981, pp. 191-225.
- M. LIENARD-LIGNY, "L'autonomie de la volonté face aux lois imperatives dans les contrats internationaux", *Annales de la Faculté de Droit de Liege*, 1968, pp. 5-25.
- F. MARRELLA, "Choice of law in third millennium arbitrations: the relevance of the UNIDROIT Principles of international commercial contracts", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. XXXVI, 2003, pp. 1137-1188.
- ID., "Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento «Roma I», en P. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I" – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 28-40.
- H. NAKAMURA, "Floating choice of law' clause, change of the applicable law in international contracts", *Japanese Yearbook of Private International Law*, vol. VIII, 2006, pp. 130-183.
- K.H. NEUMAYER, "Autonomie de la volonté et dispositions imperatives en droit international privé des obligations", *RCDIP*, 1957, pp. 579-604 y 1958, pp. 53-78.
- J.P. NIBOYET, « La theorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, vol. XVI, 1927.
- P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford University Press, 1999.
- E. A. O' HARA / L. E. RIBSTEIN, "Conflict Of Laws And Choice Of Law" en B. BOUCKAERT AND G. DE GEEST, *Encyclopedia of Law and Economics* (University of Ghent and University of Utrecht), 2000 (version on line).
- A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, vol. II, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1923.
- J.CHR. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en Droit international privé conventionnel*, Economica, Paris, 1992.
- J. QUERO MOLARES, "El principio de autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado", *RJC*, 1932, pp. 214-237.
- L. E. RIBSTEIN, "Choosing Law by Contract", *Journal of Corporation Law*, n° 18, 1993, pp. 245-265.
- F. SCHWIND, « Aspects et sens du droit international privé », *RCADI*, vol. CLXXXVII, 1984.
- G. SHREVE, "Interest Analysis as Constitutional Law", *Ohio State Law Journal*, vol. XLVIII, 1987, pp. 51-166.

- A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi des contrats en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1972.
- G.M. UBERTAZZI, "Regles de non-discrimination et droit international privé", *RCADI*, vol. CLVII, 1977.
- G.VAN HECKE, "Signification et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux", *RDIDC*, 1955. pp. 81-98.
- R. VANDER ELST, "Le rattachement accessoire en droit international privé", *Studi in memoria di M.Giuliano*, Padova, 1989, pp. 963-973.
- ID., "Liberté respect et protection de la volonté en Droit international privé", *Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 507-516.
- F. VISCHER, "General Course on Private International Law", *RCADI*, vol. CCXXXII, 1992.
- E. VITTA, "Cours Général de droit international privé", *RCADI*, vol. CLXII, 1979.
- A. E. VON OVERBECK, "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé" *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 619-636.
- N. WATTE, "L'autonomie de la volonté dans le conventions de la Haye", *Revue belge de droit international*, vol. XXIV, 1991, pp. 413-437.
- W. WENGLER, "Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat", *RCDIP*, vol. LXXI, 1982, pp. 467-501.
- ID., "Choice of Law and Forum in Contracts, Germany and other European Countries", *Proceeding of The Sixth International Symposium on Comparative Law*, Ontario: University of Ottawa Press, 1969, pp. 189-202.

VIII. Ley aplicable en defecto de elección.

1. Doctrina española.

- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Objeto del Derecho Internacional Privado y especialización normativa", *ADC*, vol. XLVI, 1993, pp. 1109-1151.
- A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de la familia internacional*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2004.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*", en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES (DIRS.), *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119.
- ID., "La lucha por la prestación característica (I): Los contratos internacionales de distribución", en A.-L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDEÑA (DIRS.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 397-420.
- L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional, la prestación característica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994.
- ID., "La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia", *Revista del Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 11-46.
- ID., "Rigor mortis. La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980" en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (COORDS.) *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2008, pp. 11-41.
- P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales, el art. 4 del convenio de Roma de 1980", *RJ La Ley (CE)*, nº 95, 1995, pp. 1-6.
- M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Tecnos, Madrid, 1989.

2. Doctrina extranjera.

- M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002.
- ID., « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I », *RCDIP*, vol. XCVII, nº 3, 2008, pp. 561-581.
- T. AZZI, « La Loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *Recueil Dalloz*, nº 31, 2008, pp. 2169 y ss.

- R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel Diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1991.
- J.-P. BÉRAUDO, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 93 y ss.
- V. P. BERLIOZ, « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement Bruxelles I », *JDI*, n° 3, 2008, pp. 675-717.
- A. BÜCHER, "Sur les règles de rattachement a caractère substantial", *Liber amicorum A.F.Schnitzer*, Georg, Ginebra, 1979, pp. 37-55.
- TH. M. DE BOER, "The EEC Contracts convention and the Dutch Courts, A Methodological Perspective", *RabelsZ.*, n° 54, 1990, pp. 24-62.
- J. DOLINGER, « Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts », *RCADI*, vol. CCLXXXIII, 2000.
- C. E. DUBLER, "Les clauses d'exception en droit international privé", *Études suisses de droit international*, vol. XXXV, Genève, 1983, pp. 36-45.
- M. FALLON, "La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado", *REDI*, vol. LVI, n° 2, 2004, pp. 821-836.
- M. FRIGESSI DI RATTALMA, « I contratti bancari internazionali alla luce della Convenzione di Roma », en G. SACERDOTI / M. FRIGO, *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2ª edizione, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 151-168.
- M. FRIGO, "La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella convenzione di Roma", en G. SACERDOTI / M. FRIGO (COORDS.), *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2ª edizione, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 17-34.
- M. GUTZWILLER, "Le developpement historique du droit international privé", *RCADI*, vol. XXIX, 1929 – IV.
- K. IATRIDOU, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions ou le principe de proximité*, Martinus Nijhoff, 1994.
- M. JACQUET, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Travaux du comité français de Droit International Privé*, 1993-1995, pp. 23-39.
- H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention", *AJCL*, vol. XXV, 1977, pp. 303-331.
- F. K. JUENGER, "The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations", *Virginia Journal of International Law*, vol. XXII, 1981, pp. 123-141.
- G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation caractéristique en droit international privé", *SJIR*, vol. XLV, 1989, pp. 195 y ss.
- ID, « La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse », *ASDI*, 1989, pp. 195-220.
- P. KAYE, *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, Dartmouth, 1993.
- A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol. I, Paris: Librairie Cotillon, 1888.
- O. LANDO, "The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations. Introduction and Contractual Obligation", *RabelsZ.*, n° 38, 1974, pp. 6-55.
- K. LIPSTEIN, « Characteristic Performance. A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contracts for the EEC », *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. III, n° 2, 1981, pp. 402-423.
- M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Giuffrè, Milano, 1989.
- A. MALATESTA, "Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?", *RDIPP*, vol. XLIII, 2007, pp. 293-312.
- E. M. MEIJERS, "L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI*, vol. XLIX, 1934.
- H. MUIR WATT, « Les principes généraux en droit international privé français », *JDI Clunet*, n° 2, tomo 124, 1997, pp. 403-415.
- F. POCAR, "La protection de la partie faible en droit international privé", *RCADI*, vol. CLXXXVIII, 1984.
- L. RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie e conflitti di legge*, Giuffrè, Milano, 1984.
- ID., "Diritto comunitario e regole processuali interne, inapplicabilità dell'art. 633 CPC", *RDIPP*, vol. XXIX, 1993, pp. 607-616.
- P. REMY – CORLAY, "Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois", *RCDIP*, vol. XCII, n° 1, 2003, pp. 37-76.

- A. F. SCHNITZER, « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *RCADI*, vol. CXXIII, 1968, pp. 541-636.
- Z. TANG, « Law Applicable in the Absence of Choice – The New Article 4 of Rome I Regulation », *Modern Law Review*, 2008, pp. 785 y ss.
- U. VILLANI, « Aspetti problematici della prestazione caratteristica », *RDIPP*, vol. XXIX, 1993, pp. 513-540.
- ID., «La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti» en N. BOSCHIERO (ED.) *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009.
- F. VISCHER, «The principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention», en K. LIPSTEIN (ED.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, University of London, London, 1978, pp. 25-30.
- ID., «The Antagonism in the Field of Contract», *RCADI*, vol. CXLII, 1974-II, pp. 1-70.
- A. E. VON OVERBECK, «Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents», *RCADI*, vol. CLXXVI, 1982 – III.
- F. C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. CH. GUENOUX y convertido al castellano por J. MESSÍA Y M. POLEY, Madrid, 1879, vol. VIII, edición facsimil de Ed. Comares, Granada, 2005.

XI. Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Estudios Generales sobre el Convenio de Roma.

1. Informes oficiales.

- Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por MARIO GIULIANO, profesor de la Universidad de Milán y PAUL LAGARDE, profesor de la Universidad de París I, DOCE de fecha 11 de diciembre de 1992 C 327, pp. 1-47
- Informe oficial* del Convenio Bruselas de 29 noviembre 1996, DOCE C 191 de 23 junio 1997.
- M. GIULIANO, P. LAGARDE, VAN SASSE VAN YSSELF, «Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles», *RDIPP*, 1973, pp. 198-260.
- A. TIZZANO, «Informe sobre los Protocolos relativos a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.C 219 de 3 septiembre 1990.

2. Doctrina española.

- A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. XXXIV, 1995, pp. 274-275.
- A.-L. CALVO CARAVACA, «La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)», *Derecho de los negocios*, nº 43, abril 1994, pp. 1-29.
- A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980», en A.-L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (DIRS.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-143.
- ID., «Algunas preguntas críticas en torno al Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales», en J. OVIEDO ALBÁN (DIR.), *Estudios de contratación internacional (régimen uniforme e internacional privado)*, Pontificia Universidad Javeriana, Fac C. Jurídicas, Colombia, 2004, pp. 138-220.
- E. CASTELLANOS RUÍZ, «El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles, Balance de 15 años de vigencia», en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUÍZ (DIRS.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 121-188.
- M. DESANTES REAL, «España ante el proceso de elaboración del DIPr. intracomunitario», *España y la codificación internacional del DIPr. (III Jornadas de DIPr.)*, San Lorenzo de El Escorial, Madrid, 1991, pp. 203-224.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «España se adhiere al convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *REDI*, vol. XLVI, 1994, pp. 446-451.

J. L. IGLESIAS BUHIGUES, "Las obligaciones extracontractuales en el Anteproyecto de Convenio CEE y el Derecho conflictual español", *Estudios de Derecho internacional. Homenaje al Prof. A. Miaja de la Muela*, vol. II, Madrid, 1979, pp. 1123-1145.

A. RODRÍGUEZ BENOT, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro" en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (COORDS.) *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 497-534.

S. SÁNCHEZ LORENZO, "La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", en J. M. GARCÍA COLLANTES (DIR.) *La unificación jurídica europea: Seminario organizado por el Consejo General del Notariado*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 139-164.

M. VIRGÓS SORIANO, "La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Noticias de la Unión Europea*, nº 61, 1990 pp. 83-94.

ID., "El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales" en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825.

3. Doctrina extranjera.

G. ALPA / M. BESSONE, "La convenzione di Roma sulla legge applicabile in materia di obbligazioni. Aspetti civilistici", *Giurisprudenza italiana*, vol. CXXXV, 1983-I, pp. 107-125.

T. BALLARINO / A. BONOMI, "Sulla disciplina delle materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma", *RDI*, 1993, pp. 939-978.

T. BALLARINO, "Unificación de las normas sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: la transformación en Reglamento del Convenio de Roma de 1980", *Anuario español de derecho internacional privado*, nº 6, 2006, pp. 331-344.

R. BARATTA, "Sull'adattamento del diritto interno alla Convenzione di Roma del 1980", *RDI*, 1993, pp. 118-130.

V. BONELLI, "La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux obligations bancaires", *IBLJ*, nº 3, 1985, pp. 389-404.

A. BONOMI, "Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti, la convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore", *Banca, Borsa, titoli di credito*, nº 55, 1992-I, pp. 36-107.

A. BORGIOLI, "La Convenzione di Roma sulla legge applicabili alle obbligazioni contrattuali", *Giurisprudenza Commerciale*, 1983, pp. 149-156.

N. BOSCHIERO, "Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: Problemi generali" en P. PICONE *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, 2004.

S. M. CARBONE, "Il "Contratto senza Legge" e la Convenzione di Roma del 1980", *RDIPPr*, 1983, pp. 279-286.

G. CAVALLERA, "La Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali ed il sistema italiano di diritto internazionale privato", *Foro padano*, 1985, pp. 246-263.

G.R. DELAUME, "The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Why a Convention?", *Virginia Journal of International Law*, vol. XXII, 1981, pp. 105-121.

A. L. DIAMOND, "Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations", *RCADI*, vol. CXCIX, 1986.

A. DURÁN AYAGO, "Autonomía de la voluntad y contratos de arrendamientos de bienes inmuebles de corta duración en el régimen comunitario de la competencia judicial internacional", *International Law: revista colombiana de derecho internacional*, nº 6, 2005, pp. 61-85.

M. EKELMANS, "Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Mélanges Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 243-254.

M. FALLON, "Un 'Restatement' européen du droit des conflits de lois en matière de contrats, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Assuntos Europeus*, nº 2, 1984, pp. 155-181.

J. FOYER, "Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *JDI Clunet*, vol. CXVII, 1991, pp. 601-631.

ID., "L'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles", *JDI Clunet*, vol. CIII, 1976, pp. 555-652.

H. GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)", *RTDE*, vol. XVII, 1981, pp. 215-285.

ID., "La Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journées de la Société de législation comparée*, vol. VII, 1985, pp. 287-304.

A. GIARDINA, "La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano", *RDI*, vol. LXIV, 1981, pp. 795-820.

B. HANOTIAU, "La Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journal des Tribunaux*, 1982, pp. 749-762.

A. J. E. JAFFEY, "The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention", *ICLQ*, vol. XXXIII, n° 3, 1984, pp. 531-560.

J.-M. JACQUET, "Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats", *JDI Clunet*, n° 3, 1991, pp. 679-689.

ID., "Contrats", *Repertoire Dalloz Droit international*, Paris, 1998, pp. 1-50.

E. JAYME / CH. KOHLER, "L'interdiction des règles de conflit de lois dans le droit dérivé de la communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome", *RCDIP*, vol. LXXXV, 1995, pp. 1-40.

A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993.

P. KAYE, *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, Dartmouth, 1993.

P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980", *RCDIP*, vol. LXXX, 1991, pp. 287-340.

P. LAGARDE / A. TENENBAUM, "De la Convention de Rome au Règlement Rome I", *RCDIP*, vol. XCVII, n° 4, 2008, pp. 727-780.

G. LAURINI, "I limiti di applicabilità della Convenzione (Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali)", *Rivista Notarile*, 1983, pp. 56-69.

H. LESGUILLONS, "Loi applicable aux obligations contractuelles, Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *IBLJ*, 1991-II, pp. 267-285.

R. LUZZATTO, "L'entrata in vigore della convenzione di Roma e il nuovo diritto internazionale privato di contratti", *DCI*, 1991, pp. 259-262.

MAX PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, "Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization", *RabelsZ*, n° 68, 2004-I, pp. 1-118.

P. MENGOLZI, "Norme di applicazione necessaria e progetto di convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (La Conflict of laws revolution attraversa l'oceano)" *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, vol. CXCVII, n° 1, 1979, pp. 3-41.

C.G.J. MORSE, "The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations", *European Yearbook of International Law*, vol. II, 1983, pp. 107-171.

F. MOSCONI, "La convenzione di Roma e le recenti teorie americane sui conflitti di leggi", in *TREVES Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Cedam, Padova, 1983, pp. 47 y ss.

P. M. NORTH, "The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations", *Journal of Business Law*, n° 5, settembre 1980, pp. 382-388.

R. PLENDER / M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, 2nd edition, Sweet and Maxwell, London, 2001.

F. POCAR, "L'entrata in vigore della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile ai contratti", *RDIPP*, vol. XXVII, 1991, pp. 249-252.

J.P. REMERY, "Les relations de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles avec les autres conventions (l'exemple de la vente internationale)", *Gazette du Palais*, 1992, pp. 426-430.

F. RIGAUX, "Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Cahiers de droit européen*, vol. XXIV, 1988, pp. 306-321.

G. SACERDOTI, "Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma. La volontà delle parti come criterio di collegamento", in G. SACERDOTI / M. FRIGO (COORD.), *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2^a edizione, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 1-16.

U. VILLANI, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *RDIPP*, vol. XXIX, 1993, pp. 513-540.

E. VITTA, “L’incidenza della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali” en M. CAPPELLETTI / A. PIZZORUSSO *L’influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Giuffrè, Milano 1982, pp. 389-409.

ID., “La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l’ordinamento italiano”, *RDIPP*, vol. XVII, 1981, pp. 837-852.

ID., “Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali”, en Consiglio Nazionale del Notariato, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milano, 1983.

F. VISCHER, “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520.

X. Estudios sobre el Reglamento “Roma I”.

H. AGUILAR GRIEDER, “La voluntad de conciliación con las directivas comunitarias protectoras en la propuesta de Reglamento ‘Roma I’”, en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (DIRS.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60.

M. E. ANCEL, “Le Règlement Rome I, une nouvelle pièce du système communautaire de droit international privé”, *RLDC*, n° 3133, 2008.

T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, n° 1, 2009, pp. 5-18.

J. BASEDOW / W. WURMNEST, “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)”, *RabelsZ*, n° 71, 2007.

P. BERTOLI, “Il ruolo della Corte di Giustizia e l’interpretazione del futuro regolamento ‘Roma I’”, *RDIPP*, vol. XLII, 2006, pp. 999-1020.

G. BIAGIONI, “Ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria nella proposta di regolamento «Roma I»”, en P. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 96-105.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009.

E. CASTELLANOS RUIZ, *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009.

B. CORTESE, “La proposta di regolamento «Roma I»: spunti critici sul collegamento obiettivo e rapporti con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme”, en P. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 41-49.

P. DEUMIER / J. B. RACINE, « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *Revue des contrats*, n° 4, 2008, pp. 1309 y ss.

S. FRANCO, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 40-69.

P. FRANZINA, “La legge applicabile alla rappresentanza volontaria secondo la proposta di regolamento «Roma I»”, en P. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 82-95.

ID., “Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. I, n° 1, pp. 92-101.

ID., “Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali” en A. L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (DIRS.) *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 299-370.

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*.

ID., “The Rome Regulation: Much ado about noting?”, *The European Legal Forum*, n° 2, 2008, pp. 61 y ss.

H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, vol. CXXXVI, n° 1, 2009, pp. 2-39.

- P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, vol. XCV, n° 2, 2006, pp. 331-349.
- S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento ‘Roma I’”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 541-568.
- S. LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Roma I », *Recueil Dalloz*, n° 31, 2008, pp. 2157-2161.
- O. LOPES PEGNA, “Il rilievo del collegamento più stretto dalla convenzione di Roma alla proposta di regolamento ROMA I”, *Rivista di Diritto internazionale*, n° 3, 2006, pp. 756-782.
- U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, n° 103, 2004, pp. 131-189.
- F. MARONGIU BUONAIUTI, “Conseguenze della trasformazione della convenzione di Roma in regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato” en P. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 141-156.
- F. MARRELLA, “Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento «Roma I», en P. FRANZINA (ED.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, 2006, pp. 28-40.
- P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, vol. XLV, n° 6, 2008, pp. 1687-1725.
- S. POILLOT-PERUZZETTO, “Le règlement Rome I du 17 juin 2007 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Répertoire Dalloz de Droit communautaire, Cahiers de l’actualité*, n° 5, 2008, pp. 3-11.
- L. PRATS ALBENTOSA, “El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Diario La Ley*, Año XXIX, n° 6978, 2008 (versión *on line*).
- A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. I, n° 1, pp. 112-130.
- F. SALERNO, “Le conseguenze della proposta di regolamento “Roma I” sulla legge italiana di diritto internazionale privato”, en G. CARELLA (ED.), *Il nuovo diritto europeo dei contratti, dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*, Milano, 2007, pp. 179-195.
- S. SÁNCHEZ LORENZO, “El carácter ultra vires del reglamento Roma I y el test de compatibilidad de las normas imperativas estatales”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, Iprolex s.l., Madrid, 2007, pp. 165-178.
- B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2008.