Revista Científica General José María Córdova, Bogotá, Colombia, julio-diciembre, 2014
Ciencia y tecnología - Vol. 12, Núm. 14, pp. 111-126
issn 1900-6586

Cómo citar este artículo: Martínez Luna, W. F. (2014). Los puntos de conexión rígidos para determinar la ley aplicable al contrato internacional en la Unión Europea. ¿Evolución o retroceso? *Rev. Cient. Gen. José María Córdova, 12*(14), 111-126

6

Los puntos de conexión rígidos para determinar la ley aplicable al contrato internacional en la Unión Europea. ¿Evolución o retroceso? *

Recibido: 8 de julio de 2014 ● *Aceptado: 26 de agosto de 2014.*

The Rigid Rules to Determine the Law Applicable to International Contracts in the European Unión. Evolution or regression?

Les règles rigides pour déterminer la loi applicable aux contrats internationaux dans l'Union européenne. ¿Évolution ou régression?

As regras rígidas para determinar a lei aplicável aos contratos internacionais na União Europeia. A evolução ou regressão?

William Fernando Martínez Luna [a]

* Artículo basado en la tesis doctoral *La ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección. El artículo 4 del Reglamento Roma I*, de la Universidad Carlos III de Madrid.

[a] Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Magíster en Derecho Privado, Universidad Carlos III de Madrid. Magíster en Derecho de los Negocios y Litigación Internacional, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Abogado, Universidad Santo Tomás, sede Bucaramanga. Profesor de tiempo completo, Universidad Jorge Tadeo Lozano. Comentarios a: williamf.martinezl@utadeo.edu.co

Resumen. La determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección de parte en la Unión Europea estuvo regulada durante más de veinte años por el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980. Dicho precepto mezclaba un alto grado de flexibilidad para elegir la ley del contrato —mediante el principio de los vínculos más estrechos—, con un moderado nivel de rigidez —presunción basada en la teoría de la prestación característica—. Este precepto generó muchas dificultades interpretativas, lo que produjo gran cantidad de sentencias contradictorias. Con ocasión de la trasformación del Convenio de Roma de 1980 en un Reglamento de la Unión Europea, se aprovechó para incluir importantes modificaciones al artículo 4, lo cual dio atención especial el establecimiento de normas rígidas para determinar de manera inflexible la ley aplicable a ocho de los más importantes contratos internacionales. El presente artículo pretende analizar si los puntos de conexión rígidos para determinar la ley aplicable constituyen una solución que permita alcanzar un alto grado de seguridad jurídica en la Unión Europea.
Palabras clave: Convenio de Roma de 1980, derecho internacional privado, ley aplicable, puntos de conexión rígidos, Reglamento Roma I, Unión Europea.

Abstract. The determination of applicable law to international contracts in absence of a choice of party in the European Union was governed for over twenty years by the article 4th of the Rome Convention of 1980. This precept mixed a high degree of flexibility to choose the law of the contract —through the principle of closest connection— with a moderated level of rigidity —presumption based on the characteristic performance theory—. Article 4th generated many difficulties of interpretation which caused a lot of contradictory judgments. Throughout the transformation of the Rome Convention of 1980 into a Regulation of the European Union, it was drawn upon to include significant changes to article 4th; especial attention is paid to the establishment of rigid rules in order to inflexibly determine the applicable law to eight of the most important international contracts. This article aims to analyze if the rigid points to determine the applicable law represent a solution that achieves a high degree of legal certainty in the European Union.
Keywords: Applicable law, European Union, international private law, rigid rules, Rome I Regulation, Rome Convention.

Résumé. La détermination de la loi applicable aux contrats internationaux en l'absence de choix venant de la part d'un État membre de l'Union européenne est regie pendant plus de vingt ans par l' article 4 de la Convention de Rome de 1980. Cette disposition mélangeait un degré élevé de flexibilité dans le choix du droit des contrats, selon le principe des liens les plus étroits, avec une moyenne niveau de rigidité, présomption basée sur la théorie de la « prestation caractéristique ». Cette disposition a engendré diverses controverses d'interprétation qui ont causé beaucoup de jugements contradictoires. Lors de la transformation de la Convention de Rome de 1980, dans le cadre d'un règlement de l'Union européenne, a été mise à profit pour déterminer de manière inflexible la loi applicable à huit des plus importants contrats internationaux. Cet article vise à analyser si les règles rigides pour déterminer la loi applicable, constituent encore une solution permettant d'atteindre un degré élevé de sécurité juridique dans l'Union européenne.
Most clés: Convention de Rome de 1980, Droit international privé, loi applicable, règles rigides, Règlement Rome I, Union européenne.

Resumo. A determinação da lei aplicável aos contratos internacionais, em ausência de escolha em União Europeia foi governado por mais de vinte anos, pelo artigo 4 º da Convenção de Roma de 1980, esta disposição misturando um alto grau de flexibilidade para escolher a lei do contrato, pelo princípio vínculos dos mais estreitos, com um nível moderado de rigidez, presunção baseada na teoría da "prestação característica". Esta disposição gerou muitas dificuldades interpretativas que causaram muitos julgamentos confli-

tantes. Durante a transformação da Convenção de Roma de 1980, num regulamento de União Europeia, aproveitou a oportunidade para incluir alterações importantes ao artigo 4, ganhando uma atenção especial para estabelecer regras rígidas para determinar inflexivelmente a lei aplicável às mais oito grandes contratos internacionais. Este artigo tem como objetivo analisar se os pontos rígidos para determinar a lei aplicável constitui uma solução que permite atingir um alto grau de segurança jurídica na União Europeia.
Palavras-chave: Convenção de Roma de 1980, Direito internacional privado, lei aplicável, pontos de conexão rígidos, Regulamento Roma I, União Europeia.

Introducción

Un empresario que pretende acceder a un mercado extranjero se ve abocado a enfrentar diversas incertidumbres en su operación internacional; unas son de tipo financiero, otras de orden comercial, tributario etcétera. Sin embargo, la principal incertidumbre que puede tener un comerciante trasnacional es el hecho de tener que asumir un posible litigio fuera de sus fronteras, pues desconoce cuál tribunal resolverá la controversia, si la decisión proferida puede trasladarse a otro país y, sobre todo, cuál ley será la aplicable para resolver de fondo el litigio. Establecer la ley aplicable al contrato trasnacional es un aspecto vital del contrato, pues le permite conocer ex ante cuáles serán las disposiciones jurídicas que regularán su comportamiento contractual, y de esta manera el empresario podrá adaptar su conducta comercial a esas disposiciones. Debe recordarse que no existe en la actualidad un derecho material uniforme en materia de contratos para la totalidad de los países, ni para la totalidad de aspectos contractuales; por tal motivo y salvo contadas excepciones —como la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías— deberá utilizarse una norma jurídica interna para regular el contrato internacional.

Como las disposiciones jurídicas nacionales están en un mismo grado de igualdad, se debe acudir a procedimientos jurídicos que determinen cuál ley, de los distintos países conectados con el contrato, será la encargada de solucionar el fondo de la controversia. Para esto, en primer lugar, se les permite a las partes, de común acuerdo, elegir la ley que regulará su contrato; es lo que se conoce como *autonomía conflictual*. Esta es la solución más idónea, equitativa y práctica para establecer la ley del contrato, pues las partes de un contrato son los mejores garantes de sus propios intereses. Sin embargo, la mayor parte de los contratos internacionales se firman sin una cláusula en este sentido, y la razón principal es la enorme dificultad de encontrar un consenso acerca de la ley que regirá el destino del contrato, pues cada parte pretende que se aplique su propia ley. En segundo lugar, y en ausencia de elección de ley por los contratantes, se debe acudir a la norma de conflicto. La norma de conflicto es una disposición que no regula el fondo del litigio. Su función es determinar cuál ley nacional será la encargada de dar solución al problema presentado en la contratación internacional; es decir, tiene una función de remisión.

Antes de la entrada en vigor del Convenio de Roma de 1980, los países de la Unión Europea no tenían una norma de conflicto uniforme. Por este motivo el juez que conocía del litigio debía utilizar su norma de conflicto interna para identificar la ley aplicable. Esto generó muchos problemas, pues como cada país tenía una norma de conflicto distinta, mediante la cual usaba sus propios puntos de conexión, los contratantes buscaban ubicar el litigio en el país donde su norma

de conflicto interna identificara una ley que les fuera favorable; es lo que se conoce como el *forum shopping*. Para solucionar este y otros problemas nació el Convenio de Roma de 1980, con el fin de unificar las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales en la Unión Europea.

El Convenio de Roma de 1980 ha sido sin lugar a dudas la norma de derecho uniforme más exitosa en lo que a ley aplicable se refiere, y constituyó un gran avance en la seguridad jurídica en la Unión Europea. No obstante su gran contribución, se presentaron muchas dificultades en sus más de veinte años de aplicación, principalmente en la interpretación del su artículo 4 sobre la ley aplicable en defecto de elección de parte. Por este motivo y con ocasión de la transformación del Convenio de Roma en un instrumento propio de la Unión Europea, se aprovechó para hacer grandes cambios a dicho precepto, para así incrementar la seguridad jurídica mediante el establecimiento de una norma de conflicto con un alto grado de previsibilidad. Para lograrlo se establecieron puntos de conexión rígidos e inflexibles para ocho contratos internacionales.

Este artículo pretende analizar si este cambio de orientación jurídica —al pasar de normas de conflicto flexibles a normas de conflicto rígidas— permite solucionar los distintos problemas presentados en la interpretación del artículo 4 del Convenio de Roma, y si realmente incrementa la previsibilidad de la ley aplicable como mecanismo indispensable para lograr un alto grado de seguridad jurídica en la Unión Europea.

Aspectos introductorios

La determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales en la Unión Europea se encuentra regulada en la actualidad por el Reglamento Roma I. Este reglamento es la evolución del Convenio de Roma de 1980, y su objetivo principal es contribuir a la seguridad jurídica mediante la unificación de las normas de conflicto en los Estados miembros de la Unión Europea (Unión Europea, 4 de julio de 2008, considerando 6), ya no como un Convenio internacional, sino como una norma jurídica propia de la Unión. Para conseguir un grado elevado de seguridad jurídica se hace indispensable que aquellas normas que regulen el conflicto de leyes cuenten con un "alto grado de previsibilidad" (Unión Europea, 4 de julio de 2008, considerando 16). Por eso el legislador de la UE ha tomado la decisión de abandonar las "fórmulas abiertas y flexibles" que operaban en el Convenio de Roma de 1980, basadas en el principio de proximidad (Quiñónez 2006, p. 476), y en su reemplazo ha adoptado como técnica principal unos puntos de conexión que tienen la doble condición de ser rígidos y ágiles a la hora de establecer la ley aplicable al contrato internacional (Hill y Chong, 2010). Estos puntos de conexión son una evolución significativa del artículo 4 del Convenio de Roma de 1980, y otorgan más agilidad a la determinación de la ley aplicable al contrato internacional (De Miguel, 2008). Por ello el juez del caso tan solo debe limitarse a identificar el tipo contractual y adjudicarle la ley previamente establecida (Carrascosa, 2009).

El primer análisis que se debe hacer para determinar la ley aplicable al contrato internacional cuando las partes no han hecho uso de la facultad de establecerla es evaluar si dicho contrato es encuadrable dentro de uno de los ocho contratos fijos relacionados en el artículo 4.1 del Reglamento Roma I. De ser así, la ley que regulará el contrato deberá establecerse dentro de los parámetros que el

propio artículo estipula para cada tipo contractual, y que solo excepcionalmente podrá ser sustituida mediante la utilización de la cláusula del artículo 4.3 del Reglamento Roma I (De Miguel, 2008).

Este cambio de orientación no ha sido recibido de manera uniforme por la doctrina jurídica. Un sector manifiesta que la adopción de puntos de conexión rígidos no es un enfoque adecuado para el tratamiento de dichos contratos; esto porque al establecer un catálogo cerrado, que incluye tan solo unos pocos contratos, la realidad jurídica va a desbordar la lista, haciendo que las normas supletorias terminen siendo las generales (Carrillo, 2005). Adicional a ello, se expone que esta ha sido una decisión precipitada por parte del legislador de la Unión Europea, pues se considera errado abandonar la regla de los "vínculos más estrechos", toda vez que con ella también era posible alcanzar un alto grado de previsibilidad al "forjar subreglas" perfectamente previsibles (Carrascosa, 2009, p. 173).

Se manifiesta también que la designación de normas rígidas va en contravía de las disposiciones internas de buena parte de los Estados de la Unión Europea, los cuales cuentan con disposiciones basadas en el principio de proximidad, es decir, conexiones flexibles (Ubertazzi, 2008). Otro argumento en contra de los puntos de conexión rígidos es que teniendo en cuenta la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para interpretar el Reglamento, los puntos de conexión rígidos plasmados en el artículo 4.1 lo único que hacen es codificar "obviedades" que en un futuro provocarán dificultades de interpretación, que de todas formas tendrán que ser resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Leible, 2006). Hubiera bastado —se expone— con una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para solucionar los múltiples problemas interpretativos del artículo 4 del Convenio de Roma de 1980 (Lando y Nielsen, 2008). Incluso, una modificación en la cláusula de escape (artículo 4.5 del Convenio de Roma de 1980) en la que se pusieran límites a su utilización hubiera sido suficiente para alcanzar el tan anhelado grado de previsibilidad (Lando y Nielsen, 2007).

Por otra parte, se critica que al reforzar la previsibilidad del resultado mediante las normas rígidas, se abre la puerta a un uso automático de estas disposiciones, trayendo como consecuencia un aumento de los problemas de calificación de los ocho tipos contractuales (Guzmán, 2009). En el mismo sentido, se ha considerado que la adopción de los ocho contratos rígidos trae consigo la difícil tarea de identificación y delimitación de cada uno de estos tipos contractuales, pues en la práctica jurídica, en no pocos casos, los límites no se encuentran tan claros. Esto sucede por ejemplo con los contratos de compraventa y de prestación de servicios, especialmente cuando el contrato versa sobre bienes intangibles, también con los contratos de franquicia y distribución. Por eso se considera que en un futuro no muy lejano el Tribunal de Justicia de la Unión Europea deberá establecer la definición autónoma de ella para cada tipo contractual (Zheng, 2008).

No obstante las posiciones doctrinales que tienen reservas sobre la presencia de las reglas rígidas en el artículo 4.1 del Reglamento Roma I, no cabe duda de que el precepto proporciona una mayor previsibilidad a las partes del contrato de lo que lo hacía su antecesor, el Convenio de Roma de 1980 (Lando y Nielsen, 2008). De esta manera, se puede identificar de forma más fácil la Ley que regulará el contrato, pues ya no están presentes en la norma principal las "dificultades e incertidumbres" que representaba la búsqueda de la ley aplicable mediante la teoría de la prestación característica, sino que amplía considerablemente las posibilidades de soluciones directas al "transformar las presunciones en normas rígidas" (Kenfack, 2009, p. 20).

Esto palmariamente se traduce en un avance en la seguridad jurídica, en especial en aquellas categorías de contratos en los que la identificación de la prestación característica era muy polémica, y que ahora se establece de forma directa mediante el artículo 4.1 del Reglamento Roma I (De Miguel Asensio, 2008). Incluso, la propia actitud *legeforista* de los jueces de los Estados parte del Convenio frente a la aplicación del artículo 4 del Convenio de Roma de 1980 hace que sea preferible la lista rígida del artículo 4.1 del Reglamento (Lando y Nielsen, 2008). Debe recordarse que el propio *Libro Verde* sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 en un Reglamento de la Unión Europea ponía de manifiesto la desconfianza en el juez nacional, ante lo cual propone buscar una salida a los excesos cometidos en la aplicación del artículo 4 del Convenio de Roma de 1980. Precisamente el establecimiento de unas normas rígidas en el artículo 4.1 del Reglamento Roma I es una respuesta contundente a la necesidad de restringir el poder discrecional del juez, pues su margen de apreciación se encuentra ahora claramente reducido.

En consecuencia, como el objetivo primario del legislador de la Unión Europea es alcanzar un alto grado de previsibilidad de las normas que resuelven el conflicto de leyes en la Unión Europea, indiscutiblemente al establecerlas de manera directa y rígida se alcanza un grado elevado de previsibilidad de la norma. Esto beneficia de manera directa al correcto funcionamiento del mercado interior, puesto que los comerciantes internacionales se sienten ahora más seguros de asumir el reto de una operación trasnacional, ya que pueden adaptar su comportamiento comercial a una ley que es previamente conocida, ya sea su propia ley o una ley foránea, y pueden, a su vez, valorar con mayor facilidad los riesgos de un futuro litigio, situación que repercute de manera directa en la economía del contrato.

Por tal motivo, el objetivo de previsibilidad de la norma de conflicto se encuentra plenamente satisfecho. Por otra parte, si para cumplir con este objetivo, era necesario restringir de forma considerable la discrecionalidad judicial, esta limitación debe ser asumida en función de alcanzar un alto grado de certeza fortaleciendo la designación rígida de la ley aplicable, ya que como lo expresa Kenfack "la adopción de las reglas fijas es preferible a las soluciones que puedan variar en función de la interpretación de los diversos tribunales nacionales" (2009, p. 29). Sin embargo, no se pueden pasar por alto aquellas opiniones que ponen de manifiesto las dificultades en la calificación de los ocho contratos, ya que los límites entre ellos deben ser aclarados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que el artículo 4.1 del Reglamento Roma I pueda ejercer fielmente su función (Villani, 2009). No obstante, esta labor ya la viene adelantando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar el Reglamento 44/2001.

Los ocho contratos principales del artículo 4.1 del Reglamento Roma I

Ley aplicable

El artículo 4.1 del Reglamento Roma I relaciona los ocho puntos de conexión rígidos correspondientes a ocho de los contratos más importantes del comercio internacional, y le designa a cada uno de ellos su propia Ley aplicable de la siguiente manera:

a. el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;
b. el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;
c. el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;
d. no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;
e. el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;
f. el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;
g. el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;
h. el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley (Unión Europea, 2008, art. 4).

Estos puntos de conexión no son presunciones de la ley más vinculada con el contrato como ocurría en el Convenio de Roma de 1980, sino que al ser puntos rígidos determinan de manera directa la ley del país que regulará el destino del contrato internacional. Es importante reiterar este aspecto, precisamente porque la incorporación de normas rígidas es una respuesta directa del legislador a los problemas interpretativos de las presunciones en el Convenio de Roma de 1980. Por ello ahora se ha transformado el precepto para que no se presuma la ley aplicable al contrato, sino para que se establezca de manera inmediata.

Los puntos de conexión designados por el Reglamento Roma I para los ocho contratos no provienen "necesariamente del principio de proximidad", pues no puede decirse que todos ellos tengan como objetivo designar la ley más vinculada con el contrato (Calvo y Carrascosa, 2009, p. 665). Lo que sí pretende el artículo 4.1 es establecer unos factores de conexión fijos que son considerados como el elemento relevante de la localización del contrato en el país donde se sitúa su "centro de gravedad" (De Miguel, 2008, p. 205).

El artículo 4.1 del Reglamento Roma I relaciona los tipos contractuales a los que se les designa puntos de conexión rígidos, sin definirlos. Dichos conceptos no deben extraerse de las legislaciones internas de los Estados miembros, sino que deben atender a criterios interpretativos del propio Reglamento Roma I. De igual manera, algunos de estos conceptos son comunes a varios instrumentos de la Unión Europea, y por lo tanto deben tener el mismo significado, pues se procura por una aplicación homogénea.

Estos puntos de conexión cumplen fielmente unos objetivos previamente trazados por el legislador y responden al actual modelo de comercio internacional. Los principales son los que se exponen a continuación (Carrascosa González, 2009).

Favorecer a una de las partes del contrato

Para algunos de los contratos relacionados en el artículo 4.1, el Reglamento Roma I ha querido favorecer a una de las partes del contrato. Dicho favorecimiento se justifica en dos razones, a saber: favorecer la posición jurídica de la parte que genera riqueza, y proteger a la parte considerada débil dentro del contrato. En el primero de los casos, el legislador de la Unión Europea ha entendido que tanto el vendedor en el contrato de compraventa como el prestador del servicio en el contrato de prestación de servicios constituyen un importante sector de la economía mundial generador de empleo y riqueza. Esta posición importante dentro del engranaje comercial internacional ha querido ser protegida por el Reglamento Roma I al definir la ley de la residencia habitual de esta parte del contrato como la reguladora de este. Así, tanto el vendedor de bienes como el prestador de los servicios regulan todos sus contratos internacionales bajo una única ley, y esto sin duda les representa múltiples beneficios.

Para el segundo de los casos —proteger la parte débil del contrato—, el Reglamento Roma I pretende salvaguardar a la parte que considera que tiene una desventaja contractual en el actual modelo de comercio trasnacional (Bonomi, 2008). Así lo hace respecto del contrato de franquicia al proteger la posición jurídica del franquiciado, y en el contrato de distribución, al proteger la situación de inferioridad del distribuidor (Villani, 2009). El legislador ha entendido que con el hecho de elegir que la ley aplicable al contrato sea la de la residencia habitual del franquiciado y del distribuidor se está poniendo en equilibrio la balanza comercial y jurídica entre las partes (Carrascosa, 2009). Efectivamente, el legislador de la Unión Europea no ha querido determinar la prestación característica de los contratos de franquicia y distribución —que ha estado rodeada de un alto grado de polémica—, sino que ha buscado proteger al franquiciado y al distribuidor como partes débiles dentro de la relación contractual (De Miguel, 2008).

El hecho de establecer directamente que la Ley de la residencia de una de las partes ha de regir el contrato representa una gran ventaja para dicho contratante, puesto que verá disminuidos los costes judiciales, ya que no necesitará hacer un gran esfuerzo económico en procura de conocer el contenido de la ley que regirá su negocio jurídico, pues es su propia Ley y esto le permite enfocar su comportamiento contractual bajo sus directrices. Sin embargo, algunos autores consideran injustificado este favorecimiento que el Reglamento Roma I hace a estos tipos contractuales, ya que las dos partes del contrato asumen riesgos en la operación comercial internacional, y no se ha podido establecer un verdadero desequilibrio contractual que deba compensarse con la designación de la ley de la residencia habitual de una de las partes (Carrascosa, 2009), mucho menos si se tiene en cuenta "el poder económico de algunos distribuidores" (Lagarde, 2006, p. 339).

Establecer la Ley más previsible

Para otro grupo de contratos dentro de la lista de los ocho, el Reglamento Roma I ha querido establecer como ley reguladora aquella que se encuentra más vinculada con este y, por ende, que

sea la más previsible para los contratantes, para que de esta forma les genere los "menores costes conflictuales globales" (Calvo y Carrascosa, 2009, p. 666). Estos contratos son: contrato que tiene por objeto un derecho real inmobiliario o arrendamiento de un bien inmueble; contrato de arrendamiento de un bien inmueble con fines de uso personal y temporal para un período máximo de seis meses consecutivos; contrato de venta de bienes mediante subasta, y contrato celebrado en un sistema multilateral (Carrascosa, 2009).

Conveniencia de crear una lista distinguiendo tipos contractuales

Llegados a este punto conviene preguntarse si realmente era necesario distinguir diversos tipos contractuales mediante la creación de la lista del 4.1 del Reglamento Roma I, en otras palabras: ¿se justificaba limitar el artículo 4.1 estableciendo de manera rígida la ley aplicable a estos tipos contractuales?

La respuesta a esta pregunta debe dividirse en dos partes. En primer lugar, algunos tipos contractuales relacionados en la lista no presentaban grandes dificultades a la hora de aplicar el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980. Es el caso del contrato de compraventa de mercaderías y el contrato de prestación de servicios, en los que, en líneas generales, existía un consenso sobre cuál era la parte que llevaba a cabo la prestación característica del contrato. Por esta razón, se entiende que para esta clase de contratos no era necesario hacer tal distinción, puesto que el resultado no ha cambiado con respecto a lo establecido en el Convenio de Roma de 1980. Sin embargo, respecto de otros contratos en los cuales la definición del prestador característico presentó innumerables problemas —como el contrato de franquicia o el de distribución—, la distinción de estos tipos contractuales está plenamente justificada, pues determina directamente la Ley nacional que regulará el contrato, resolviendo así las incertidumbres presentadas en la aplicación del artículo 4 del Convenio de Roma de 1980.

Aunque con la determinación directa de la Ley aplicable al contrato se solucionan los problemas presentados en el Convenio de Roma de 1980 con la prestación característica, los problemas de calificación del tipo contractual subsisten, y en última instancia será el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien otorgue las directrices interpretativas.

En suma, se debe considerar que la lista del artículo 4.1 del Reglamento Roma I, que distingue diversos tipos contractuales, se encuentra plenamente justificada, pues resuelve los distintos problemas presentados en la identificación del prestador característico en el Convenio de Roma de 1980, e incluso para aquellos contratos en los que no existía mayor dificultad en la identificación del prestador característico, la lista del artículo 4 del Reglamento Roma I otorga claridad y agilidad, con lo que contribuye a que pueda ser utilizado sin problema, incluso, por contratantes ocasionales (Magnus, 2009).

La segunda parte de la respuesta se debe enfocar al número limitado de contratos en el artículo 4.1 del Reglamento Roma I. Como se ha dicho, este reglamento define rígida y directamente la ley aplicable a ocho contratos del comercio internacional. Sin embargo, la selección de estos del apartado primero del artículo 4 genera dos dudas: ¿bajo qué criterios el legislador de la Unión Europea ha escogido estos ocho contratos? y ¿por qué no fueron incluidos otros contratos de gran uso en el comercio internacional?

Con respecto a la primera pregunta se debe apuntar lo siguiente. El legislador de la Unión Europea ha elegido para el artículo 4.1 ocho de los contratos más importantes y de mayor uso en el momento actual del comercio internacional (Carrascosa, 2009). Mediante ellos se llevan a cabo buena parte de las relaciones jurídicas comerciales en el ámbito internacional, puesto que abarcan una enorme variedad de posibilidades contractuales (Castellanos, 2009). No obstante, el hecho de designar solo estos ocho contratos desechando otros que de la misma forma son de vital importancia para las relaciones comerciales internacionales ha generado alguna polémica jurídica. Por esto —y para responder la segunda pregunta— se anotarán las razones por las cuales estos contratos han sido excluidos de la lista del artículo 4.1.

Buena parte de los contratos no relacionados en el artículo 4.1 se pueden considerar como contratos de prestación de servicios, y por ende deberá aplicarse el artículo 4.1b. Así mismo, los tribunales deben hacer una interpretación amplia de cada tipo contractual, para que cubran la mayor cantidad de relaciones jurídicas posibles, y así determinar su ley aplicable de manera rígida. Por otro lado, existen en el comercio internacional contratos considerados "complejos" que surgen de la unión de varios contratos tipo, con lo cual, si las partes no hacen uso de su autonomía conflictual, "cada contrato se regula por su Ley" (*ad. ex. leasing, factoring*) (Castellanos, 2009, p. 127). De todas formas, estos contratos presentan graves problemas de calificación, ya que son una mezcla de elementos de varios contratos. Por este motivo, el Reglamento Roma I ha designado el apartado segundo del artículo 4 para que sea la teoría de la prestación característica la que identifique la ley que habrá de regularlos.

El rol de la teoría de la prestación característica en el artículo 4.1 del Reglamento Roma I

Aunque la teoría de la prestación característica en el Reglamento Roma I tiene ahora un carácter subsidiario, y se ubica en el apartado segundo del artículo 4, parece ser que mantiene su influencia en la lista de los ocho contratos. Por este motivo es conveniente analizar el papel de la teoría de la prestación característica en los puntos de conexión rígidos del artículo 4.1 Reglamento Roma I.

Algunos autores consideran que los puntos de conexión recogidos en el artículo 4.1 del Reglamento Roma I son la identificación de la prestación característica en estos contratos. Otros exponen que aunque el artículo mismo no lo menciona, dichas reglas se encuentran claramente inspiradas en este concepto (Wilderspin, 2004). Sin embargo, otro sector doctrinal piensa que estos puntos de conexión no son la definición de la Unión Europea respecto de la prestación característica, ya que el legislador lo hubiese expresado en el propio artículo 4.1 si esa hubiera sido su intención (Calvo y Carrascosa, 2009).

No obstante, parece claro que la teoría de la prestación característica inspira tan solo algunos de los puntos de conexión establecidos en el artículo 4.1 del Reglamento Roma I. Hartley (2009) sigue esta opinión y considera que la definición de los puntos de conexión para los ocho contratos principales no corresponde en su totalidad a la teoría de la prestación característica, aunque para él la solución adoptada para los parágrafos a, b, e y f, del artículo 4.1 del Reglamento se encuentra fuertemente influenciada por esta teoría (contrato de compraventa, de prestación de servicios, de franquicia y el de distribución). Así mismo, Magnus (2009) cree que la teoría de la prestación característica influencia los apartados (a, b, d, e y f).

Sin embargo, no resulta claro que la definición de la ley aplicable al contrato en el caso de la franquicia y de la distribución esté influenciada por la teoría de la prestación característica. Debe recordarse que la teoría de la prestación característica en estos dos contratos ha sido discutida enérgicamente. Por un lado, se discutía cuál de las partes llevaba a cabo la prestación característica del contrato, y por el otro, se discutía la existencia misma de dicha prestación en esta clase de contratos. Aunque esta discusión se abordará más adelante, es necesario concluir que los únicos contratos que están fuertemente influenciados por la teoría de la prestación característica son los de compraventa y los de prestación de servicios.

En suma, la teoría de la prestación característica tan solo llega a inspirar algunos de los puntos de conexión recogidos como normas rígidas en el artículo 4.1 del Reglamento Roma I, sin que pueda llegar a considerarse que este precepto establece una definición del prestador característico en estos ocho tipos contractuales (Bonomi, 2008).

Aplicación práctica del artículo 4.1 Reglamento Roma I

Las normas rígidas contempladas en el artículo 4.1 del Reglamento Roma I tienen una doble condición de gran importancia práctica: abarcan una gran cantidad de relaciones jurídicas internacionales y son normas con un alto grado de previsibilidad. En efecto, a la mayor parte de las relaciones jurídicas internacionales se les aplica, para identificar la ley aplicable al contrato, las normas rígidas del artículo 4.1. Esto no solamente porque los tipos contractuales relacionados en dicho precepto son los más utilizados en el comercio internacional, sino porque el juez debe hacer una interpretación amplia de dichos tipos contractuales, para que de esta forma se identifique la ley aplicable a buena parte de las relaciones jurídicas trasnacionales mediante las normas rígidas. Por lo tanto, parece claro que en la práctica el artículo 4.1 será el precepto más utilizado para resolver el conflicto de ley en la Unión Europea en defecto de elección de parte.

Es importante destacar que aunque es cierto que la discrecionalidad judicial en este precepto se encuentra bastante limitada, también lo es que para el correcto funcionamiento de la disposición, y especialmente para que sea una norma de aplicación extensa, el juez debe desempeñar un rol fundamental al interpretar de manera amplia cada uno de estos contratos, sobre todo el contrato de prestación de servicios. Por ello la labor del juez en el apartado primero del artículo 4 del Reglamento Roma I es esencial.

El artículo 4.1 es básicamente una disposición previsible. En efecto, el principal efecto práctico de las disposiciones rígidas de este es que las partes contractuales, y en general todos los intervinientes, podrán prever con facilidad la ley que regulará el contrato. Justamente este alto grado de previsibilidad de las normas de conflicto era el objetivo primario del legislador de la Unión Europea, y por ello ha desplazado la flexibilidad por unas disposiciones que determinan de manera ágil y directa la ley aplicable. Esta rigidez de la norma de conflicto tiene una consecuencia directa en los contratantes, pues podrán adaptar su conducta comercial a una ley que es previamente conocida, y de igual manera podrán valorar *ex ante* los costes conflictuales.

En síntesis, siendo el artículo 4.1 una disposición de aplicación amplia que regula la mayor parte de relaciones jurídicas internacionales, y un precepto con un alto grado de previsibilidad, puede concluirse que el objetivo de contribuir a la seguridad jurídica de la Unión Europea propuesto por el Reglamento Roma I ha sido conseguido.

La residencia habitual en el Reglamento Roma I

La residencia habitual es un punto "decisivo" de conexión del Reglamento Roma I (Lando y Nielsen, 2008, p. 1704). Así lo establece el propio considerando 38 del Reglamento Roma I al prever que la "seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas". Para cumplir con este objetivo, el Reglamento ha retirado la noción de residencia habitual del artículo 4 como lo traía el Convenio de Roma de 1980, y ha establecido en el capítulo III una disposición autónoma que se encarga de definir la residencia habitual.

El artículo 19 del Reglamento Roma I para definir la residencia habitual establece tres categorías, a saber: 1) si se trata de una sociedad, asociación o persona jurídica, la residencia habitual será su administración central; 2) si se trata de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional, la residencia habitual será el lugar del establecimiento principal de tal persona, y 3) si se trata de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o si según el contrato la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará la residencia habitual el lugar donde se encuentre sita la sucursal, la agencia o el otro establecimiento.

Este concepto de residencia habitual que trae el artículo 19 debe interpretarse de manera autónoma dentro del Derecho de la Unión Europea, y por ende no atenderá a las distintas definiciones que los países miembros tengan sobre dicho precepto.

El concepto de residencia habitual es utilizado por el Reglamento Roma I en los siguientes casos: para determinar la ley aplicable a buena parte de los contratos relacionados en el artículo 4.1, esto es, residencia habitual del vendedor en la compraventa de mercaderías (artículo 4.1a); la residencia habitual del prestador del servicio en el contrato de prestación de servicios (artículo 4.1b); la residencia habitual del propietario del inmueble en el arrendamiento temporal y personal (artículo 4.1d); la residencia habitual del franquiciado en el contrato de franquicia (artículo 4.1e), y la residencia habitual del distribuidor, en el contrato de distribución (artículo 4.1f). También se utiliza la residencia habitual para establecer la ley reguladora del contrato cuando este no puede encuadrarse dentro de la lista de los ocho principales contratos del artículo 4.1, pero puede determinarse su prestación característica. El artículo 4.2 establece que la ley reguladora del contrato será la de la residencia habitual de la parte a quien corresponde realizar la prestación característica del contrato.

La residencia habitual de una persona física o jurídica no es inmutable; por el contrario, es una circunstancia frecuentemente cambiante. El Reglamento Roma I es consciente de que dicho aspecto puede afectar la seguridad jurídica que buscan sus normas. Por tal motivo ha establecido en su artículo 19 el preciso momento en que debe tenerse en cuenta la residencia habitual, como elemento identificador de la ley aplicable al contrato internacional. Dicho artículo dispone que la residencia habitual debe determinarse en el "momento de la celebración del contrato". En consecuencia, nada interesa al Reglamento Roma I la residencia habitual de las partes con anterioridad o posterioridad a la firma de este.

El artículo 19 establece el concepto de residencia habitual a efectos del Reglamento Roma I, para las sociedades, asociaciones o personas jurídicas, y de la misma forma lo establece para las personas físicas. Conviene ahora profundizar su análisis.

La residencia habitual de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas

Para las sociedades, asociaciones o personas jurídicas el Reglamento Roma I determina que su residencia habitual será el lugar de su administración central. La administración central puede definirse como el lugar desde donde se administra la sociedad, y aquel sitio donde son tomadas todas las decisiones de importancia y trascendencia para la empresa (Garcimartín, 2008).

Sociedades, asociaciones o personas jurídicas con sucursales o establecimientos en varios países

Cuando se tienen agencias, sucursales u otros establecimientos en varios países debe operar la regla del artículo 19.2. Dicho precepto establece que si el contrato es celebrado "en el curso de las operaciones" de alguno de estos entes, debe considerarse como residencia habitual el lugar de ubicación de la agencia, asociación o persona jurídica. Así mismo, si el contrato establece que la prestación debe ser llevada a cabo por dicha sociedad, asociación o persona jurídica, su lugar de ubicación debe considerarse la residencia habitual a efectos del Reglamento Roma I (Calvo y Carrascosa, 2009, p. 710).

La residencia habitual de las personas físicas

El Reglamento Roma I hace una distinción entre las personas físicas que contratan ejerciendo una actividad profesional y las que lo hacen como una actividad netamente personal. Para el primer caso, el Reglamento establece que la residencia habitual será su "establecimiento principal". En el evento en que un profesional cuente con más de un establecimiento y estos se encuentren en distintos países, deberá operar lo establecido en el artículo 19.2 del Reglamento. El segundo caso —actividad no profesional— no ha sido abordado por el Reglamento, por lo que hay que acudir a las normas internas de cada Estado miembro.[1]

Esta disposición, a pesar de los evidentes cambios de redacción y ubicación dentro del texto uniforme, reproduce los mismos criterios contenidos en el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980, y continúa favoreciendo la "posición jurídica del profesional" al considerar que es la parte contractual que más riesgos asume con la operación comercial. Esto en cuanto a las disposiciones del artículo 4 del Reglamento Roma I, puesto que también es claro que existen disposiciones que buscan proteger a la parte débil del contrato (transporte, seguros, consumo y trabajo) (Font i Mas, 2009, p. 139).

[1] En España opera el artículo 40 del Código Civil.

Conclusiones

La norma de conflicto uniforme es una figura jurídica trascendental en el actual modelo de comercio internacional, pues se encarga de remitir a la Ley nacional que deberá regular los contratos internacionales, y esta norma jurídica, es la misma para todos los jueces de los Estados miembros. Aunque la norma de conflicto no soluciona de fondo el asunto debatido, sí determina cuál es el ordenamiento jurídico nacional que deberá regularlo. En el panorama jurídico internacional, las normas de conflicto uniformes, aunque son escasas, se han constituido en uno de los rasgos más característicos del derecho internacional privado actual.

Una norma de conflicto con un elevado grado de previsibilidad contribuye enormemente a la seguridad jurídica de la Unión Europea y favorece la economía del contrato, pues le permite a los contratantes conocer *ex ante* el derecho regulador de su contrato, y de esta manera pueden adaptar su conducta comercial a dicha norma jurídica, sea esta su propia ley o una ley extranjera, y pueden, a su vez, ahorrar costes de información de la ley aplicable y, en general, valorar los costes globales de la operación comercial.

El legislador de la Unión Europea entendió que ese grado de previsibilidad podía ser alcanzado estableciendo disposiciones con un elevado grado de rigidez. Por tal motivo, ubicó como primer punto de conexión ocho normas rígidas que establecen de manera directa la ley aplicable en defecto de elección, a ocho de los contratos más importantes del comercio internacional, abandonando las fórmulas abiertas y flexibles que operaban en el Convenio de Roma. En efecto, el artículo 4.1 del Reglamento Roma I no establece presunciones de la ley aplicable al contrato internacional, sino que determina de manera directa y ágil cuál Ley regulará la relación jurídica, siendo esta una solución contundente a los problemas que presentaba la aplicación de las presunciones en el Convenio de Roma de 1980.

La designación de la Ley aplicable a estos ocho contratos cumple con unos objetivos previamente establecidos por el legislador: en primer lugar, pretende proteger a una de las partes del contrato, es el caso del contrato de compraventa, de prestación de servicios, franquicia y distribución. Así mismo, se propone implantar la Ley más previsible a las partes: contrato que tiene por objeto un Derecho real inmobiliario o arrendamiento de un bien inmueble, contrato de arrendamiento de un bien inmueble con fines de uso personal y temporal para un período máximo de seis meses consecutivos, contrato de venta de bienes mediante subasta, y contrato celebrado en un sistema multilateral.

Indudablemente el legislador de la Unión Europea no podía establecer de manera rígida la ley aplicable a todos los contratos internacionales. Por tal motivo, ha escogido a ocho de los más importantes contratos del comercio actual y los que, de acuerdo con una interpretación amplia, agrupan la mayor cantidad de relaciones jurídicas de carácter internacional. Si bien es cierto que algunos de estos contratos no presentaban gran dificultad en la identificación de la prestación característica en el Convenio de Roma de 1980, otros sí mantuvieron una larga polémica doctrinal y jurisprudencial. Por lo tanto, se puede concluir que la lista del artículo 4.1 del Reglamento Roma I soluciona los distintos problemas presentados en la identificación del prestador característico en el Convenio de Roma de 1980, y otorga agilidad y claridad en aquellos que no presentaban demasiados inconvenientes.

En definitiva, se debe considerar que el establecimiento de estas normas rígidas constituye un gran avance en la previsibilidad de la ley aplicable, puesto que se disminuye el poder discrecional del juez, ya que tan solo deberá evaluar si su contrato se puede catalogar dentro de alguno de esos ocho, y posteriormente aplicarles la ley previamente designada. Aunque es importante hacer hincapié en que el juez tiene ahora una función vital para el correcto funcionamiento del precepto, pues debe hacer una interpretación amplia de los ocho contratos, especialmente del contrato de prestación de servicios, para que a la mayor cantidad de relaciones jurídicas internacionales se les designe la ley aplicable mediante las normas rígidas del artículo 4.1 del Reglamento Roma I.

Indudablemente esto beneficia el correcto funcionamiento del mercado interior, puesto que los contratantes podrán disminuir considerablemente la incertidumbre que genera el desconocimiento de la ley que regirá su contrato, podrán adaptar su comportamiento comercial a una ley previamente conocida, y, en definitiva, evaluar *ex ante* los riesgos de un futuro litigio en el exterior. Todo esto provocará que los intercambios internacionales en la Unión Europea fluyan con más agilidad. Por tal motivo, debe considerarse que el objetivo de incrementar la previsibilidad de la ley se encuentra plenamente satisfecho en este apartado. Adicionalmente, si para cumplir con este objetivo era necesario restringir considerablemente la discrecionalidad judicial, esta limitación debe ser asumida en función de alcanzar un alto grado de certeza fortaleciendo la designación rígida de la Ley aplicable.

Sin embargo, se debe destacar que la calificación de estos tipos contractuales presentará cierta dificultad, lo que requerirá una clarificación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque dicha labor ya ha empezado, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido dando directrices interpretativas para algunos contratos presentes en la lista del artículo 4.1 del Reglamento Roma I, con ocasión de la interpretación del Reglamento 44/2001.

Bibliografía

1. Bonomi, A. (2008). The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual obligations - Some General Remarks. *Yearbook of Private International Law, 10*, 165-176.
2. Calvo, A. y Carrascosa, J. (2009). *Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares.
3. Carrascosa, J. (2009). *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I.* Madrid: Colex.
4. Carrillo, L. (2005). Ante la revisión del Art. 4 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. En L. Sánchez Rodríguez et al., *Pacis Artes Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos* (pp. 1375-1394). Madrid: Editer Publicaciones.
5. Castellanos, E. (2009). *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles.* Madrid: Comares.
6. De Miguel, P. (2008). Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights. *Yearbook of Private International Law, 10*, 199-219.
7. Font i Mas, M. (2009). La noción de la "residencia habitual" de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas en Roma I y la ausencia de coordinación con el Reglamento Bruselas I. En E. C. Bosch, *Derecho contractual europeo,* (pp. 133-148). Madrid: Bosch.
8. Garcimartín, F. (mayo de 2008). El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980? *Diario La Ley* (6957), 1.
9. Guzmán, M. (2009). El Reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable

a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo. *Aranzadi civil: revista quincenal*, 2257-2286.

10. Hartley, T. (2009). *International commercial litigation.* Cambridge: Cambridge University Press.
11. Hill, J. y Chong, A. (2010). *International commercial disputes.* Oxford: Hart Publishing.
12. Kenfack, H. (2009). Le règlement (CE) nº 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ('Rome I'), navire stable aux instruments eficaces de navigation? *JDI Clunet,* (1), 3-39.
13. Lagarde, P. (2006). Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). *Rev. Crit. DIP*, 331-34.
14. Lando, O. y Nielsen, P. (2007). The Rome I Proposal. *Journal of private international law*, 29-51.
15. Lando, O. y Nielsen, P. (2008). The Rome I Regulation. *Common Market Law Review,* (45), 1687-1725.
16. Leible, S. (2006). La propuesta para un Reglamento "Roma I". Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). *Anuario Español de Derecho Internacional Privado,* (6), 541-568.
17. Magnus, U. (2009). Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of choice. En F. Ferrari y S. Leible, *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual* (pp. 27-50). Munich: European Law Publisher.
18. Quiñónez, A. (2006). Concepto de "vínculo estrecho", en las directivas de consumo: repercusiones de la STJCE (AS. 70/03, Comisión c España) en las leyes nacionales y en la propuesta de Reglamento "Roma I"(2005). En A. Calvo y J. Carrascosa, *Estudios sobre contratación internacional* (pág. 476). Madrid: Colex.
19. Ubertazzi, B. (2008). *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.* Milan: Giuffre.
20. Unión Europea (4 de julio de 2008). Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). *DOUE L* 177.
21. Villani, U. (2009). La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti. En N. Boschiero, *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)* (pp. 149-172). Torino: Giappichelli.
22. Wilderspin, M. (2004). Le contrat. Les perspectives d'une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. En A. Fuchs, H. Muir Watt y E. Pataut, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* (pp. 173- 183). París: Dalloz.
23. Zheng, T. (2008). Law applicable in the absence of choice-The New Article 4 of the Rome I Regulation. *Modern Law Review, 71*, 785-800.