



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN
JURISPRUDENCIAL POR LOS
TRIBUNALES ESPAÑOLES DEL
REGLAMENTO 593/2008 DEL
PARLAMENTO EUROPEO Y DEL
CONSEJO DE 17 DE JUNIO DE 2008
SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS
OBLIGACIONES CONTRACTUALES
(ROMA I)**

Autor: Natalia Aycart Celdrán

4º E-1 Business law

Derecho internacional privado

Tutor: Salomé Adroher Biosca

Madrid

Abril 2017

RESUMEN.

En el momento actual , el proceso de integración del Derecho internacional privado en la Unión Europea sufre una gran evolución, es por ello que, este trabajo estudia la jurisprudencia española en cuestiones de Derecho aplicable que plantean los supuestos de obligaciones contractuales en materia civil y mercantil vinculados con varios ordenamientos jurídicos. Se centra en el análisis de las sentencias en las que son aplicables los textos en materia de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, es decir, el Convenio de Roma de 1980, el Reglamento de Roma I (y el artículo 10.5 del Código Civil).

ABSTRACT.

Nowadays, the integration process of Private International Law in the European Union is suffering an important evolution, this is the reason why we have analysed the spanish jurisprudence about applicable law in civil and comercial matters. We have focussed on the sentences in which the texts about International Private Law (the Rome Covention of 1980 and Regulation Rome I are applicable.

PALABRAS CLAVE: Derecho aplicable, obligaciones contractuales, materia civil y mercantil, Estado Miembro, Unión Europea.

KEY WORDS: Applicable law, contractual obligations, civil and comercial matters, Member State, European Union.

ÍNDICE.

1.	Introducción.....	4
1.1.	Desarrollo histórico de la ley aplicable en los contratos internacionales en España.....	4
1.2.	Comunitarización del Derecho internacional privado.....	7
2.	Normas europeas sobre contratos internacionales.....	9
2.1.	Convenio de Roma de 1980.....	9
2.2.	Reglamento de Roma I.....	12
2.3.	Diferencias entre el Reglamento de Roma I y el Convenio de Roma de 1980.....	14
3.	Ámbito de aplicación.....	18
3.1.	Ámbito de aplicación material.....	18
3.1.1.	Carácter internacional de las obligaciones contractuales.....	18
3.1.2.	Concepto de obligaciones contractuales en materia civil y mercantil.....	20
3.2.	Ámbito de aplicación espacial.....	22
3.3.	Ámbito de aplicación temporal.....	22
4.	Ley aplicable al contrato.....	23
4.1.	Libertad de elección.....	23
4.2.	Ley aplicable a falta de elección.....	27
5.	Conclusión.....	33
6.	Bibliografía.....	34

Abreviaturas.

CC	Código Civil
RRI	Reglamento (CE) n ^o 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008
CR	Convenio de Roma de 19 de junio de 1980
UE	Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Vol.	Volumen

1. Introducción.

1.1. Desarrollo histórico de la ley aplicable en los contratos internacionales en España.

La ley aplicable a los contratos internacionales ha ido cambiando a lo largo de la evolución del Derecho Internacional Privado sufriendo distintas tendencias. A continuación se expondrán las que han gozado de mayor influencia.

En primer lugar, según los profesores Calvo y Carrascosa, los estatutarios sujetaron los contratos internacionales a la Lex Loci Contractus,¹ locución latina utilizada para referirse a que la ley aplicable al contrato es la ley del país donde se ha celebrado. Los canonistas y legistas se pronunciaron en la misma línea basando su posición en la *Ley Si fundus* del Digesto. La piedra angular sobre la que se sustentaba esta posición era la

¹ Calvo Caravaca, A.L y Carrascosa González J., «Contratos internacionales I», en *Derecho Internacional Privado, vol. II*, Comares, Granada, 2011, 12a ed, pp. 613-614.

Soberanía estatal, pues los actos que se llevan a cabo en un país han de ser regulados por la ley del mismo, ya que en caso contrario se vulneraría la Soberanía del Estado en el que se celebrase cada contrato. Esta solución medieval se acogió en las Partidas de Alfonso X². Este criterio resultaba de gran utilidad en la época en la que los contratos internacionales se celebraban en ferias, mercados y puertos, pero a medida que fue cambiando, los juristas se percataron de los problemas que este criterio causaba. Observaron que “el lugar de celebración del mismo podía ser meramente fortuito, lo que hacía cuestionar la conveniencia de soluciones centradas en su aplicación”³. Además aumentaron las deficiencias cuando aparecieron los contratos entre partes ausentes sin lugar de celebración determinado.

Bartholo Di Sassoferrato (1313-1357) matizó esta postura concluyendo que la forma y consecuencias normales del contrato se regían por la *Lex Loci Contractus*, y los efectos o consecuencias “irregulares” del mismo se regulaban o por la ley del país de ejecución, o por la *lex fori*. Por efectos y consecuencias “normales” Bartholo Di Sassoferrato entendía que “todo aquello que emanaba naturalmente de éste y se vinculaba con su sustancia, incluido lo relativo a su formación”. En cambio, por efectos o consecuencias accidentales comprendía todo aquello que “no es inherente al contrato, sino que deriva de consecuencias posteriores, como por ejemplo, el incumplimiento o la mora del deudor”. Estos acontecimientos normalmente se producen en el lugar de ejecución por lo que entiende, que deben regirse por la ley de dicho lugar.

Con la entrada en crisis del anterior criterio por los motivos expuestos, Rochus Curtius defendía que los contratos se rigen por la ley del país de su conclusión, pues es la ley que las partes eligen de forma implícita (*Lex Voluntatis*).

Ya en el siglo XIX muchos países en Europa optan por dar entrada a la ley elegida por las partes y, en defecto de elección, la doctrina mayoritaria aboga por el lugar de ejecución del contrato. Savigny defiende la aplicación de esta última ley al contrato

² Sentencias que datan de antes de la entrada en vigor de la norma institucional en materia de Derecho Internacional Privado y de las normas de conflicto de el Código Civil español (10.5 en materia civil y mercantil): STS 18 marzo 1875, STS 15 de noviembre 1898, STS 18 de marzo 1875, STS 19 octubre 1910.

³ Grob Duhalde, F.J, “La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes”; *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 No 1,2014, pp. 229 - 265.

puesto que difícilmente puede ser fortuita, a diferencia del lugar de celebración, pues el lugar de ejecución es normalmente acordado por las partes, por lo que a falta de elección de ley entre ambos, éste sería el punto de conexión que mejor refleja la voluntad de ambas partes. Éste también presenta problemas puesto que los contratantes pueden acordar varios lugares de ejecución del contrato.

Los primeros pronunciamientos a favor de la autonomía de la voluntad, como criterio principal en la elección de ley en los contratos internacionales, nacen en el siglo XVI de la mano de la obra de autores como Charle Dumolin (1500-1566). Es a partir del siglo XIX cuando empieza a asentarse esta tendencia.

En España el Tribunal Supremo⁴ en el marco pre-Código Civil relegó el lugar de ejecución del contrato en favor del lugar de celebración del mismo⁵. En la redacción del Código Civil de 1889 no se prevé una norma de conflicto que regule el derecho que rige los contratos internacionales, por ello la jurisprudencia recurrió a la “autonomía de la voluntad conflictual”⁶ pues en derecho interno el principio que rige los contratos es la autonomía de la voluntad del artículo 1255.

En la reforma del Código Civil de 1974 se recogió en el artículo 10.5, la solución establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El artículo prevé la elección de ley, es decir, “la autonomía de la voluntad conflictual”, aunque limitada, pues la ley escogida por las partes ha de tener vínculo suficiente con el objeto del contrato. A falta de pacto entre ambas enumera puntos de conexión disyuntivos: la ley nacional común, la ley de la residencia habitual común y la ley del lugar de celebración del contrato⁷.

⁴ Algunas sentencias que sientan jurisprudencia sobre el criterio de lugar de celebración del contrato para la elección de ley aplicable: STS 9 de marzo 1872, STS 20 marzo 1877, STS 15 noviembre 1898, STS 19 diciembre 1930, STS 29 mayo 1933.

⁶ Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el criterio escogido de autonomía de la voluntad conflictual en materia de obligaciones contractuales civiles y mercantiles debido a la laguna legal existente en el Código Civil en este ámbito hasta 1974: STS 23 de Febrero 1928, STS 19 de diciembre 1930, STS 29 mayo 1933.

⁷ Artículo 10.5 del Código Civil : “*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

1.2.Comunitarización del Derecho Internacional Privado.

En lo que respecta al marco europeo, uno de los fines primordiales de la Unión gravita en conseguir paulatinamente un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia en materia de contratación internacional, en aras de un mejor funcionamiento del mercado interior. Con este propósito, el Consejo adoptó un conjunto de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil en el marco geográfico Europeo.

El proceso de integración de la Unión de comunitarización del Derecho Internacional Privado, comenzó en el Tratado de Amsterdam, con la promoción de la libre circulación de resoluciones o como se ha denominado: “la quinta libertad comunitaria”. En un primer momento, debido a la escasa cesión de competencias otorgadas a la organización, ésta solo podía darse en el contexto de la mera cooperación entre Estados.

Como precedente de un sistema de Derecho Internacional Privado Europeo, desde la cooperación, en 1968 entró en vigor el Convenio de Bruselas, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, con el fin de incentivar la cooperación judicial entre Estados, condición sine qua non para el reconocimiento.

La conclusión de este convenio, reflejó la importancia de uniformar las normas de competencia judicial internacional y reconocimiento en el marco europeo con las de ley aplicable, pues debido a que este convenio no unificaba las normas de conflicto sobre que ley debe regir el contrato, posibilitaba en gran medida el fórum shopping, es decir, la elección por las partes del foro más conveniente.

El antecedente directo del Reglamento estudiado, es el Convenio de Roma de 1980, que regula la ley aplicable en las obligaciones contractuales. Como podemos ver, de manera paulatina, los Estados han ido cediendo competencias en aras de la creación de un Derecho Internacional Privado institucional que incentiva el reconocimiento de las decisiones judiciales. Lo que se pretende es, en ultima instancia, un no-reconocimiento, es decir, que las sentencias dictadas por cada Estado, desplieguen efectos en todos los

muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen”

demás miembros de la Unión sin ser mínimamente cuestionadas. Es decir, trata de eliminar, todo procedimiento tendente al reconocimiento o declaración de ejecutividad de forma incondicional, como paso intermedio para la supresión total del exequatur.

El Convenio y el Reglamento de Roma, contribuyen al “correcto funcionamiento del mercado interior”, con el fin de conseguir los objetivos previstos en el Considerando 6 del Reglamento: en primer lugar, “favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios”⁸, en segundo lugar, potenciar “la seguridad en cuanto a la ley aplicable” y por último, como ya se ha citado anteriormente, hacer posible “la libre circulación de resoluciones judiciales”. Por ello, ambos textos tratan de evitar el fórum shopping, intentando garantizar que “las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio”, es decir, automatizar en la mayor medida posible, la ley que rige el contrato en defecto de elección por las partes. Con este objetivo las normas de conflicto previstas en el Reglamento de Roma I, son iguales para todos los Estados Miembros de la Unión, en materia de contratación internacional civil y mercantil, por lo que la ley aplicable a los contratos de esta materia ha de ser la misma independientemente de la ley del foro donde se conozca el asunto.⁹

Esta tendencia se ha visto fortalecida además, sobre la base jurídica de los artículos 61, 65 y 67 TCE y de la voluntad política de la institución y de los países que forman parte de la misma.

⁸ Considerando 6 del Reglamento de Roma I: “El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio.”

⁹ FJ 23 de la STJUE de 6 de Octubre de 2009, as, c-133/08, Intercontainer Interfrigo, [TJCE\2009\313](#) “Del mencionado Preámbulo se desprende también que el Convenio tiene como objetivo establecer unas normas uniformes relativas a la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, con independencia de cuál sea el lugar en el que haya de dictarse sentencia. En efecto, tal como resulta del informe relativo al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, elaborado por los profesores Mario Giuliano, de la Universidad de Milán, y Paul Lagarde, de la Universidad de París I (DO 1980, C 282, pg. 1; en lo sucesivo, «informe Giuliano-Lagarde»), el Convenio nació como consecuencia de la necesidad de suprimir los inconvenientes derivados de la diversidad de normas de conflicto en materia de contratos. La función del Convenio es elevar el nivel de seguridad jurídica acrecentando la confianza en la estabilidad de las relaciones jurídicas y la protección de los derechos adquiridos en todo el ámbito del Derecho privado.”

El Derecho Internacional Privado institucional, es la herramienta idónea que aproxima el objetivo integrador y la pluralidad jurídica mediando entre la supremacía del Derecho Comunitario y el principio de subsidiariedad, es decir, la coexistencia de la uniformidad y la diversidad.

2. Normas europeas sobre contratos internacionales.

2.1. Convenio de Roma de 19 de junio de 1980.

Es un texto legal de naturaleza comunitaria, que contiene normas de conflicto y de aplicación, con el fin de establecer el Derecho que ha de ser aplicable a los contratos por los tribunales de los Estados que lo ratifiquen.

Goza de carácter erga omnes¹⁰, es decir, le será aplicable a los ciudadanos de un país, con independencia de que el Estado de su nacionalidad o residencia, haya ratificado o no el convenio¹¹.

Se aplicará a asuntos en materia de contratos aunque, como establece en sus cláusulas de compatibilidad, podrán prevalecer otras normas específicas en los términos que así se prevean.

¹⁰ Artículo 2 del Convenio de Roma de 1980 refleja su carácter universal: “La ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante.”

¹¹ STSJ Islas Canarias Las Palmas Social 26 de febrero de 2009 [AS\2009\1057](#); STSJ Islas Canarias Las Palmas Social 29 de Junio de 2012 [AS\2013\329](#) el carácter erga omnes del Convenio de Roma de 1980 previsto en su artículo 2: “Ello obliga a la Sala a clarificar el marco normativo en el que hemos de manejarnos con el fin de localizar el ordenamiento estatal que estará llamado a regular el fondo del contrato en cuestión. Para ello, nada mejor que transcribir el precepto de nuestro ordenamiento que resuelve dicho problema desde 1993, año en el que España ratificó el Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Se trata del artículo 2 del mismo, donde se establece con toda claridad el carácter erga omnes o universal del dicho texto convencional cuando dice: «La Ley designada por el presente convenio se aplicará incluso si tal Ley es la de un Estado no contratante»” Sin embargo, no siempre se ha entendido este carácter como se puede ver en la Aplicación errónea: SAP Vizcaya 11 de octubre de 2006: “a saber no consta acreditado que Costa Rica forme parte del Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980, de hecho la parte apelante, entidad española mantiene y acude al art.2 del Convenio en base a su aplicación respecto de Costa Rica por mor de invocar el principio de universalidad, obviando la divergente interpretación que al mismo se da cuando reza del tenor siguiente: “La ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante”, ya que no se trata de desconocer el invocado principio de universalidad, sino de remitir en virtud del mismo a las partes adheridas al Convenio ante normas de conflicto a la normativa de un tercer Estado que no sea parte del contrato.”

Lo que nos interesa de este Convenio, es que “desplazó” en virtud de la primacía comunitaria la aplicación de las normas españolas de conflicto en materia civil y mercantil,¹² es decir, el art 10.5 CC. Por lo que tras la fecha en la que se convirtió aplicable (1 de septiembre de 1993) fue el texto que los jueces españoles debieron aplicar en materia contractual internacional excepto en contados casos excluidos.

Es interesante destacar además, que el TJCE goza de competencia interpretativa de modo vinculante sobre el Convenio (así como se establece en los Protocolos de Bruselas el 19 de diciembre de 1988, que entran en vigor en España el 1 de agosto de 2004). En virtud de la misma, los jueces españoles podrán, mediante cuestión prejudicial, solicitar a este órgano comunitario que dé su interpretación acerca de un precepto del Convenio. Esta facultad se cede al TJCE con el objetivo de unificar la interpretación y la normativa del Convenio en todos los Estados para así lograr una mayor seguridad jurídica en la contratación internacional como forma de hacer crecer el mercado y comercio europeo.

En lo que respecta a su ámbito de aplicación, en España el Convenio fue aplicable erga omnes y con efecto irretroactivo a partir del 1 de Septiembre de 1993 en materia contractual internacional.

La ley aplicable a la que hace referencia dicho convenio, varía en virtud de la autonomía de la voluntad. En primer lugar, tal y como prevé el artículo 3¹³, las partes gozarán de *“libertad de elección”*, es decir, *“el contrato se regirá por la ley elegida por las partes”*.

¹² Así lo señala textualmente la STSJ Islas Canarias Las Palmas Social 29 de Junio de 2009 [JUR\2009\447424](#); STSJ Islas Canarias Las Palmas Social 17 de abril de 2015 [JUR\2015\213803](#): *“Ello supone el actual desplazamiento de las normas que componen nuestro sistema de Derecho Internacional privado interno en la materia en la gran mayoría de ocasiones (los artículos 10.6 del Código Civil y 1.4 del Estatuto de los Trabajadores). De este modo, siempre que nos encontremos en el ámbito de aplicación del texto convencional aplicarse y no cabrá la remisión a otros preceptos distintos de los del propio Convenio de Roma de 1980.*

¹³ El artículo 3 del Convenio de Roma de 1980 prevé la autonomía de la voluntad como criterio preferente para la elección del derecho aplicable en los contratos en materia civil y mercantil: *“Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes . Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias.”*

En segundo lugar, en defecto de pacto por los contratantes o si tal elección no es válida, rige el artículo 4¹⁴, en el cual se encuentran recogidos distintos preceptos que prevén la ley aplicable para cada asunto.¹⁵

A falta de elección de ley, el contrato se regirá por “la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos” (art 4.1), se presumirá que presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que debe realizar la prestación característica tiene, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se trata de una persona jurídica, su administración central (art. 4.2).

A continuación, enumera una serie de presunciones para unas materias concretas. En primer lugar, sobre Derecho Real inmobiliario o Derecho Real de utilización de un inmueble, establece que presentará los vínculos más estrechos con el país en el que el inmueble esté sito. En cuanto al transporte de mercancías, presentará los vínculos más estrechos con el país en el que esté el establecimiento principal del transportista. Por último afirma que las anteriores no operarán si presenta vínculos más estrechos con otro estado.¹⁶

¹⁴ El artículo 4 del Convenio de Roma de 1980 establece como criterio residual, en defecto de pacto o elección no válida, el principio de los vínculos más estrechos: “En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los lazos más estrechos.”

¹⁵ Otro error muy frecuente en la práctica es la confusión de los términos “fórum” e “ius”, es decir, fuero y ley aplicable, el Convenio de Roma es un texto que contiene normas de conflicto que establecen la ley a la que deben someterse los contratos internacionales NO el Tribunal que ha de conocer el asunto: STSJ Islas Canarias Las Palmas Social 29 de Junio de 2009 [JUR\2009\447424](#); STSJ Islas Canarias Las Palmas Social 17 de abril de 2015 [JUR\2015\213803](#): “¿Cuál será, entonces, con arreglo al Convenio de Roma, el criterio o fuero a seguir para determinar la legislación aplicable? El Convenio establece como primer fuero la autonomía de la voluntad, al disponer que los contratos se regirán por la Ley elegida por las partes, de forma expresa o tácita.” Esta afirmación es correcta si eliminamos el término fuero y lo sustituimos por “ley aplicable”, es un error muy importante debido a sus consecuencias en la práctica, el fuero se refiere al Tribunal que ha de conocer el asunto, no al derecho al que ha de someterse el contrato.

¹⁶ El artículo Artículo 4 del Convenio de Roma 1980 prevé una serie de presunciones para materias concretas:

“3.No obstante lo dispuesto en el apartado 2, en la medida en que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble.

4. El contrato de transporte de mercancías no estará sometido a la presunción del apartado 2. En este contrato, si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato fuere también aquel en que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor, se presumirá que el contrato tiene sus vínculos más estrechos con este país. Para la aplicación del presente apartado, se considerarán como contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un solo viaje u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías.

5. No se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica. Las

2.2. Reglamento 593/2008 de 17 de junio 2008 “Reglamento Roma I”.

Este texto legal recoge el contenido de su predecesor, el Convenio de Roma de 1980, con ciertas innovaciones. Modificar un Convenio Internacional, requiere un consenso entre todos los Estados parte del mismo, por lo que la Unión Europea, decidió transformar el Convenio en Reglamento y aprovechando la modificación de naturaleza jurídica del mismo, se introdujeron reformas en el contenido. Se sigue la línea de la teoría de los “vasos comunicantes”, se atribuyen competencias a las autoridades de la Unión, para la elaboración de las normas de Derecho internacional privado.

El Reglamento comparte el fundamento del Convenio, pues éste pretende proporcionar seguridad jurídica en Derecho aplicable y favorecer la tarea de los jueces en la aplicación del Derecho en materia contractual internacional¹⁷. Contribuye además a la creación del “espacio de libertad, seguridad y justicia”, con la unificación de la legislación prevista, para esta materia en un solo reglamento de aplicación para todos los Estados Miembros, a excepción de Dinamarca.

Las modificaciones realizadas, están encaminadas a un mejor funcionamiento del mercado interior. Intentan conseguir “la previsibilidad del resultado de los litigios” y además trata de evitar el *Forum Shopping*, pues el Reglamento, contiene normas de conflicto iguales para todos los Estados Miembros de la Unión en materia de contratos internacionales, por lo que todos los países que forman la Unión están sujetos a las mismas normas de Derecho Internacional Privado en materia contractual.

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.”

¹⁷ Considerando 6 del Reglamento de Roma I: “El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio”

El Reglamento goza de las mismas características que el Convenio precedente: es erga omnes¹⁸, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a cada Estado Miembro, es decir, no ha de ser alegado por las partes. Es por ello, como ya hemos dicho previamente, que las reglas de Derecho internacional privado españolas se inaplicarán en caso de que rija este texto, pues quedarán desplazadas¹⁹. Pese a ello, contados asuntos, se regirán por la normativa nacional. Son aquellos excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento de Roma I y los conflictos de leyes de Derecho interregional.

Respecto al ámbito de aplicación, como el Convenio, es de aplicación universal, y por tanto, se aplica con independencia de nacionalidad, domicilio y residencia de las partes, además, carece de relevancia que el país de ley designada por el Reglamento sea Estado miembro o no miembro. El ámbito material, es también igual que en el Convenio, se aplicará para asuntos que traten materia contractual internacional en situación de conflicto de ley²⁰, con excepción de las materias previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del Reglamento. Y por último, es aplicable a partir del 17 de diciembre de 2009.²¹

La determinación de la ley aplicable se encuentra en el art. 3 del Convenio de Roma en el que se prevé la “*libertad de elección*” por las partes.²²

¹⁸ Artículo 2 del Reglamento de Roma I prevé el carácter universal del Reglamento : “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”

¹⁹ Se recoge la inaplicación del artículo 10.5 del Código Civil en favor de las normas institucionales debido a la superioridad jerárquica que le otorga la primacía de la Unión en la alegación de parte de la SAP de Las Palmas 385 /2015 de 15 de Octubre [JUR\2016\23937](#): “*En cuanto a la alegación referente a la vulneración del art. 13 del Reglamento de Roma I 593/2008, de 17 de junio, del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, según el cual, 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 este país, sólo 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, debe consignarse que no se alega en el recurso infracción de este art.13, e infracción del art. 10-8 cc , sino la infracción de dicho art.13 del Reglamento de Roma I, considerando la parte que es aplicable, por encima del art. 10-8 cc”.*

²⁰ Artículo 1.1 del Reglamento de Roma I recoge el ámbito material : “El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas.”

²¹ Artículo 29 del Reglamento de Roma I recoge el ámbito material: “Se aplicará a partir del 17 de diciembre de 2009, excepto el artículo 26, que se aplicará a partir del 17 de junio de 2009”

²² El artículo 3.1 del Reglamento de Roma I establece la autonomía de la voluntad conflictual “El contrato se regirá por la ley elegida por las partes”

Con la aprobación del Reglamento el art. 4 del Convenio, que preveía la aplicación de la ley del país con los vínculos más estrechos, se modifica por un nuevo artículo en el que se enumeran distintas materias y en función de cada una se utiliza una norma de determinación u otra²³.

2.3. Diferencias entre Convenio y Reglamento.

2.3.1. Diferencias de contenido.

La principal diferencia, se encuentra en la modificación del artículo 4 de ambos textos, en donde se prevé “la ley aplicable a falta de elección”. La piedra angular sobre la que descansaba el Convenio, es el principio de los vínculos más estrechos, en virtud del cual, el contrato protagonista del litigio, se subsumía a la legislación con la que presentaba la más estrecha vinculación. Este principio va de la mano del *legeforismo* pues, a pesar de que en el párrafo siguiente, define qué entiende por “el país en el que presente los vínculos más estrechos”²⁴, cada tribunal puede tener una percepción diferente y aplicar una ley distinta a un mismo contrato.

El Reglamento de Roma I, descarta como punto clave de su articulado, este principio que se ve desplazado a favor de los puntos de conexión axiomáticos, relegando el anterior principio para aquellos casos que no se encuentren previstos en el artículo.

²³ Artículo 4 del Reglamento de Roma I: “1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un Derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble; d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado confines de uso personal temporal para un periodo 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.”

²⁴ Artículo 4.2 del Reglamento de Roma I: “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.”

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha establecido, que con las modificaciones realizadas, la calificación del supuesto de hecho es fundamental, pues si lo hacemos de manera errónea, podríamos enmarcar el tipo de contrato en un supuesto distinto y, por tanto, el contrato no se regiría por la ley prevista por el Reglamento.

Por lo tanto, lo más conveniente, es conservar los vínculos más estrechos como recurso muy excepcional, siendo utilizado como clausula de cierre o excepción.

Por último el Reglamento incorpora dos nuevos artículos en los que se prevén las modalidades de contrato de transporte y de seguro en los artículos 5 y 7 respectivamente.

2.3.2. Diferencias de aplicación en España.

Como hemos mencionado anteriormente, ambos documentos comparten ámbito de aplicación material y geográfico, pues serán aplicables en el contexto de un asunto relativo a contratos internacionales. En lo que respecta al ámbito geográfico, el único Estado Miembro al que no le es aplicable el Reglamento es Dinamarca, pero al gozar éste de carácter erga omnes, si podrá serle aplicado a la parte demandada con esta nacionalidad, por tanto, no afecta a los tribunales españoles. Tampoco se aplicará en los territorios regulados en el art. 355 del TFUE.

Lo que nos interesa subrayar es su ámbito de aplicación temporal. Con la entrada en vigor en España del Reglamento de Roma I el 17 de diciembre de 2009, y debido a su carácter irretroactivo, este texto desplazó en su aplicación a la normativa precedente, es decir, tanto al Convenio de Roma de 1980 como al artículo 10.5 del Código Civil, en todos aquellos casos en que se presente la demanda con posterioridad a la fecha indicada.

Consecuentemente, cualquier decisión judicial sobre materia contractual internacional cuya presentación de la demanda fue posterior al 17 de diciembre de 2009, que se apoye en estas dos normas se encuentra desfasada, pues el vigor de ambas se ha visto desplazado a favor del nuevo Reglamento.

Si realizamos un análisis de las sentencias en materia contractual civil y mercantil internacional de los Tribunales españoles, podemos encontrar habitualmente flagrantes errores de aplicación del Derecho Internacional Privado debido a su desconocimiento. Un número importante de sentencias, por no decir la gran mayoría, se amparan tanto en norma institucional como estatal²⁵, incluso algunas únicamente alegan la norma estatal²⁶.

Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 10.5 del Código Civil se ve derogado tras la entrada en vigor del Convenio de Roma en materia contractual. Las sentencias citadas no tienen en cuenta la naturaleza preferente del Convenio. En virtud de la misma al tener ambos textos ámbitos de aplicación material, temporal y espacial validos, será de aplicación el Convenio por encontrarse en un nivel jerárquico superior. Si la interposición de la demanda, datara de una fecha posterior al 17 de diciembre de 2009, el Reglamento se aplicaría quedando derogado el Convenio.

²⁵ STS 198/2015 de 17 de abril [RJ\2015\1350](#): “Consideró que el Derecho aplicable era el holandés, por determinar así el art. 10.5 del Código Civil y el art. 4 del Convenio de Roma de 1980, aplicable a las obligaciones contractuales”

STS 342/2015 de 23 de junio [RJ\2015\4484](#): “el citado reconocimiento del derecho en el plano obligacional derivado de un reconocimiento de deuda (artículo 10.5 del Código Civil), en donde la remisión al Reglamento "Roma I" conduce, por aplicación analógica, a la ley del país donde el deudor tenga la residencia habitual (artículo 4.2 de dicho Reglamento)”.

²⁶ SAP Tarragona 40/2004 de 23 de octubre [AC\2005\838](#): “El artículo 10.5 del Código Civil declara aplicable a las obligaciones contractuales la Ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tengan alguna conexión con el negocio de que se trate” En esta sentencia debería haberse aplicado el Convenio de Roma pues trata de obligaciones contractuales y la demanda se interpone después de 1993.

SAP Vizcaya 580/2006 de 11 de octubre [JUR\2007\99716](#) “Por tanto encontrándonos ante una compraventa de mercancías , cuya oferta se efectúa por una empresa española y por tanto desde España no erraría la sentencia de instancia al acudir a la aplicación de los art.s 1.262 y 10.5 del C.c”. El artículo 10.5 encuentra su aplicación derogada con la normativa institucional por lo que el sometimiento al mismo es errónea,

STS 1153/2008 de 26 de noviembre [RJ\2008\7710](#): “examina la Ley aplicable al primer contrato, de cuyo cumplimiento se trata, de conformidad con la correspondiente norma de conflicto -artículo 10.5 del Código Civil -, que conduce al derecho colombiano”

STS 528/2014 de 14 de octubre [RJ\2015\2](#): pese a la correcta alegación de la parte recurrente en la primera formulación de motivos: “En todos ellos se invoca "errónea aplicación de las normas de conflicto" de distintos cuerpos legales. Así, en el primero, la no aplicación del Convenio de Roma I de 19 de junio de 1980, vigente en el tiempo en que ocurrieron los hechos, en lugar del art. 10.5 CC . Cita distintas sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales (Alicante, Barcelona y Pontevedra) favorables a la aplicación del Convenio de Roma I, y otras contrarias (Vizcaya y Granada) que acompaña por fotocopia.”. El Tribunal aplica el artículo 10.5 “En efecto, tratándose de obligaciones contractuales nacidas de contratos celebrados en el extranjero, el art. 10.5 CC establece tres reglas para determinar la ley aplicable”

Otro de los errores cometidos por la jurisprudencia española, es obviar el carácter erga omnes tanto del Convenio como del Reglamento²⁷, esta característica otorga a ambos textos, la facultad de deber ser aplicado independientemente de la residencia o nacionalidad del demandado.

Por último, también es importante conocer la distinción entre los términos “fórum” e “ius”, es decir, tribunal competente y derecho aplicable²⁸. La palabra “foro” es equivalente al Juzgado o Tribunal que ha de conocer el asunto y, sin embargo, en ocasiones, podemos encontrarla en la jurisprudencia, haciendo referencia al derecho aplicable.

3. Ámbito de Aplicación.

3.1. Ámbito de aplicación material.

El Reglamento se emplea para establecer la ley que rige a las “obligaciones contractuales en materia civil y mercantil” que “impliquen conflicto de leyes” tal y como establece el artículo 1.1 del Reglamento.

3.1.1 Carácter internacional de las obligaciones contractuales.

El principio general es la tesis de elemento extranjero. El reglamento no establece definición en su artículo 1.1 del concepto de “situaciones que impliquen concepto de leyes”. La doctrina mayoritaria entiende que se darán cuando surja la duda de “qué Derecho estatal” debe regir un contrato y que esa duda surge cuando la situación

²⁷ SAP Vizcaya 580/2006 de 11 de octubre [JUR\2007\99716](#): pese a la correcta alegación de la parte recurrente “la parte apelante, entidad española mantiene y acude al art.2 del Convenio en base a su aplicación respecto de Costa Rica por mor de invocar el principio de universalidad” el Tribunal niega su naturaleza erga omnes “no consta acreditado que Costa Rica forme parte del Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980”, de hecho la parte apelante, entidad española mantiene y acude al art.2 del Convenio en base a su aplicación respecto de Costa Rica por mor de invocar el principio de universalidad, obviando la divergente interpretación que al mismo se da cuando reza del tenor siguiente: “La ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante”, ya que no se trata de desconocer el invocado principio de universalidad, sino de remitir en virtud del mismo a las partes adheridas al Convenio ante normas de conflicto a la normativa de un tercer Estado que no sea parte del contrato. Por tanto encontrándonos ante una compraventa de mercancías, cuya oferta se efectúa por una empresa española y por tanto desde España no erraría la sentencia de instancia al acudir a la aplicación de los arts 1.262 y 10.5 del CC.”

²⁸ Islas Canarias Las Palmas Social 29 de Junio de 2009 [JUR\2009\447424](#); STSJ Islas Canarias Las Palmas Social 17 de abril de 2015 [JUR\2015\213803](#): “¿Cuál será, entonces, con arreglo al Convenio de Roma, el criterio o fuero a seguir para determinar la legislación aplicable? El Convenio establece como primer fuero la autonomía de la voluntad, al disponer que los contratos se regirán por la Ley elegida por las partes, de forma expresa o tácita.”

contractual presenta “elementos extranjeros” con total independencia de su naturaleza, intensidad o relevancia. Cualquier dato de extranjería presente en el contrato lo internacionaliza.

Sin embargo, el Reglamento establece una *norma específica anti-fraude* para el caso de aquellos contratos, cuyos elementos objetivos se encuentran en el mismo Estado y las partes optan por regir el contrato por una ley distinta a la nacionalidad de las mismas. Ésta tiene por objetivo limitar los efectos jurídicos de la elección para eludir el “fraude de ley internacional”.

Carrascosa²⁹ afirma, que el Convenio de Roma acoge la tesis del “elemento puro”, puesto que los intérpretes autorizados del Convenio establecen que “la situación implica un conflicto de leyes, cuando presenta algún elemento extranjero, sea cual sea éste, su naturaleza, relevancia, intensidad, importancia, etc”.

La jurisprudencia española, ha evolucionado en este contexto, tras la aplicación de la normativa institucional, puesto que la ley estatal en materia de contratación internacional recogida en el artículo 10.5 en 1974, no precisaba la naturaleza del elemento extranjero.

Los Tribunales españoles³⁰, aplicaban con carácter restrictivo este artículo antes de la entrada en vigor del Convenio de Roma. Alguno de los elementos objetivos del contrato (lugar de celebración, nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, etc...) debía de ser

²⁹ Carrascosa González, J., “La redacción de los contratos internacionales”, *Textos de Derecho internacional privado*, 2006.

³⁰ STS de 30 de junio de 1983 aplica el artículo 10.5: “:«se aplicará a las obligaciones contractuales, la Ley a que las partes se hayan sometido expresamente», precepto incluido entre las normas de Derecho Internacional Privado, es decir aplicables cuando exista un conflicto de leyes en el espacio que aquí, en puridad, no concurre porque las dos sociedades litigantes son españolas (constituidas, domiciliadas y registradas en España), los buques que efectuaron el transporte de las mercancías contratadas eran españoles y el problema se suscita en España que es también el lugar de cumplimiento del contrato; la jurisdicción competente no puede ser otra, consiguientemente, que la española, según lo dispuesto en el art. 51 de la L. E. Civ. Por otra parte, tampoco existe sumisión expresa a otra jurisdicción, como afirma el recurso, con base en los conocimientos de embarque suscritos en Londres por las partes, pues entre sus cláusulas generales impresas, la tercera («Paramount») establece que «las reglas de la Haya, contenidas en la Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los conocimientos de embarque, fechadas en Bruselas el 25 agosto 1924, en la forma adoptada («as enacted») en el país del cargamento, se aplicarán a este contrato» En esta sentencia únicamente se tiene en cuenta los elementos objetivos de la relación contractual, pues al partir la mercancía del puerto de Londres y atenerse tácitamente a los usos del mismo puerto, se puede entender que esta goza de internacionalidad y que ha de regirse por las normas institucionales para determinar el derecho que le es aplicable mediante el punto de conexión en cuestión.

internacional, en caso contrario, sería calificado como “contrato interno” y quedaría regulado por el Derecho del Estado con el que estuviera plenamente conectado, además, únicamente podrían conocer los litigios que suscitase, los tribunales de dicho país.

El Convenio de Roma, da pie a una interpretación más amplia de “situación de conflicto de leyes”, puesto que la “teoría del elemento extranjero puro”, formulada originariamente por J. MAURY, e impulsada por F. RIGAUX y P. LAGARDE³¹, define “elemento extranjero” como “cualquier dato presente en el contrato que no aparece conectado con el país cuyos tribunales conocen del asunto”. Carrascosa, por tanto, afirma, que existe situación internacional, cuando concurre elemento objetivo internacional en el contrato, e incluso cuando todos los elementos objetivos se encuentran conectados con un mismo país pero las partes se han sometido a un Derecho extranjero, es decir, “*cuando se da una situación subjetivamente o relativamente internacional*”.

Serán contratos internacionales en este sentido, por ejemplo, el firmado entre dos partes con nacionalidad española, cuyo objeto del contrato es una partida de alfombras que se encuentran en Manila, también lo será, el contrato celebrado entre dos empresas españolas que acuerden una cláusula, en virtud de la cual se someta al Derecho francés. En cambio, no lo será un contrato de arrendamiento de una vivienda en Murcia, sometido a derecho español, firmado por dos empresas españolas.

3.1.2 Concepto de obligaciones contractuales en materia civil y mercantil.

El Reglamento es de aplicación en aquellos litigios, cuyo objeto material verse, sobre obligaciones contractuales civiles y mercantiles³² en caso de conflicto de leyes, salvo las que expresamente excluye el art. 1.2 RR1.

En la precisión de la categoría jurídica de “obligaciones contractuales”, se ha de utilizar el mismo criterio que para el Reglamento de Bruselas I-bis. Se aplicará a las obligaciones derivadas de contratos mercantiles, civiles, de trabajo, onerosos, gratuitos,

³¹ Lagarde, P., *Le Dépeçage dans le droit international privé des contrats*, 1975

³² Artículo 1.2 del Reglamento de Roma I: “El presente reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes.”

lucrativos, típicos, atípicos, orales y escritos (Informe GIULIANO / LAGARDE)³³.

Las partes contratantes, han de ser entes de carácter privado que se vinculan entre sí. Quedan fuera del ámbito de aplicación, los entes públicos cuando actúen con potestad de imperium³⁴.

El TJUE ha sentado jurisprudencia en relación con la definición de “obligaciones contractuales”, a través del cauce de las cuestiones prejudiciales presentadas por los Estados miembros. Se ha pronunciado matizando la interpretación que ha de darse al Reglamento de Bruselas 1-bis en esta materia. El Caso Ceská contra Feichter³⁵ sienta una de las precisiones más utilizadas por la jurisprudencia estableciendo como conditio sine qua non “*el compromiso libremente asumido por una parte frente a otra*”, utilizando su definición negativa. En este contexto, además, se refiere a las obligaciones contractuales carentes de celebración de contrato³⁶, que al tratarse de una “obligación libremente asumida” integra en su esfera de aplicación. También podemos destacar, que el Tribunal deja fuera del ámbito del Convenio la responsabilidad precontractual por hallarse comprendida en el contexto de responsabilidad extracontractual³⁷.

³³Giuliano, M, Lagarde, P., “Reporte sobre la Convención sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Journal officiel* n° C 282 du 31/10/1980 p. 0001 – 0050. Disponible en: www.rome-convention.org

³⁴ Artículo 1.2 del Reglamento de Roma I: “no se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas”

³⁵ Caso Ceská sporitelna, a.s. contra Gerald Feichter. [TJCE\2013\88](#) de 14 marzo 2013. (Apart. 46) : “*el concepto de «materia contractual» en el sentido de la citada disposición no puede ser entendido como referido a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra*”.

³⁶ Caso Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte GmbH contra Amazon EU Sàrl y Otros. Sentencia [TJCE\2013\216](#) de 21 abril 2016 (Apart 35, 36) : “*Si bien el artículo 5, punto 1, letra a), no exige la celebración de un contrato, para que éste se aplique resulta indispensable identificar una obligación, dado que la competencia jurisdiccional en virtud de esta disposición se determina en función del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda. Así, el concepto de «materia contractual», en el sentido de la citada disposición, no puede considerarse aplicable a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra (véase STJCE Česká spořitelna). Por consiguiente, la aplicación de la regla de competencia especial en materia contractual establecida en el artículo 5 ya citado, presupone la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante.*”

³⁷ Caso Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS). Sentencia de 17 septiembre 2002 [TJCE\2002\254](#): “Tacconi y la Comisión invocan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias de 27 de septiembre de 1988 [TJCE 1989, 45] , Kalfelis, 189/1987, Rec. pg. 5565; de 26 de marzo de 1992 [TJCE 1992, 73] , Reichert y Kockler, C-261/1990, Rec. pg. I-2149, y de 17 de junio de 1992 [TJCE 1992, 124] , Handte, C-26/1991, Rec. pg. I-3967) y afirman que, dado que la responsabilidad precontractual no tiene su origen en compromisos

Por último, el artículo 1.2 del Reglamento enumera aquellos supuestos que gozan de regulación legal específica y que por ello, excluye de su ámbito de aplicación³⁸.

Además el art. 22.2, exime de aplicar el Reglamento, a los conflictos de leyes entre distintas unidades territoriales de un mismo Estado.

3.2. Ámbito de aplicación espacial.

Es aplicable por todos los Estados miembros de la Unión Europea excepto Dinamarca³⁹.

libremente asumidos por una parte frente a otra, se halla comprendida en la materia delictual o cuasidelictual.”

³⁸ Artículo 1.2 del Reglamento de Roma comentado :

- a) “Estado civil y la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art.13”. Esta materia se encuentra regulada en el art 9.1 de nuestro Código Civil: “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”. Además goza de una excepción en el art 13 del Reglamento, en virtud de la cual se podrá invocar la incapacidad en conformidad a la ley de un Estado distinto siempre y cuando la otra parte lo hubiera conocido o ignorado en el momento de celebración del contrato en virtud de su negligencia.
- b) Derivadas de relaciones familiares y de alimentos: se regulan en su gran mayoría por el Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias cuando exista “una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad”.
- c) “Resultantes de regímenes económicos matrimoniales, resultantes de relaciones que la legislación aplicable considere que tienen efectos comparables con el matrimonio y de testamento y sucesiones”: se regirán por las normas de Derecho internacional privado de cada ordenamiento. En España 9.1, 9.2, 9.3 y 9.8 del Código Civil
- d) “Letra de cambio, cheque, pagaré e instrumentos negociables”: se regirán por la Ley Cambiaria y del Cheque.
- e) “Los convenios de arbitraje y elección del tribunal competente”: Se regirán por el Reglamento de Bruselas 1-bis de 22 de diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y demás convenios y normativa estatal sobre la materia.
- f) “Las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas...”: se regirán en Derecho Privado Español por el art 9.11 del Código Civil.
- g) “ La posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica”: se regirá en Derecho internacional privado español por el art 10.11 del Código Civil.
- h) “la constitución de trust”.
- i) El precontrato: como se estableció por el TJUE en su sentencia de 17 de septiembre de 2002 quedan enmarcados en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y por ello se regirán por el Reglamento de Roma II y la pertinente normativa convencional y estatal.
- j) “Los contratos de seguros que se deriven de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el art. 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo”
- k) “Relativos a la prueba y al proceso”: se regirá por el Reglamento de Bruselas 1bis y correspondiente normativa convencional y estatal.

³⁹ Considerando 46 del Reglamento de Roma I: “De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y, por tanto, no está vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación”

Debido a su naturaleza erga omnes⁴⁰ es de aplicación universal, es decir, la parte demandada se ve vinculada al mismo, sin necesidad de reciprocidad de ratificación en caso del Convenio y de pertenencia a la Unión en caso del Reglamento.

Además, se ha de tener en cuenta, que los territorios de ultramar recogidos en el art 355 del TFUE tampoco quedan vinculados.

3.3. Ámbito de aplicación temporal.

Pese a entrar en vigor el 24 de julio de 2008, el artículo 29 del presente Reglamento establece la fecha a partir de la cual es aplicable, el 17 de diciembre de 2009⁴¹. Debido a su carácter irretroactivo, se registrarán por el mismo, todas aquellas demandas que hayan sido interpuestas tras la fecha citada, sin perjuicio de la fecha de la libre asunción de los compromisos objeto de la misma. Todos los casos con fecha anterior, se registrarán por el Convenio de Roma de 1980 a partir del 1 de septiembre de 1993 y en su defecto, por la norma prevista en el Código Civil de Derecho internacional privado en esta materia, el art. 10.5 CC.

En este contexto, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 3 de Mayo de 2006⁴², trata de resolver un litigio entre dos partes firmantes de un contrato de compraventa mercantil, con una cláusula de sumisión expresa al Derecho inglés. La Audiencia otorga validez a dicha cláusula, pues la fecha de interposición de la demanda, 18 de marzo de 1996, es posterior al 1 de septiembre de 1993, por ello que es de aplicación el Convenio de Roma de 1980. En virtud al principio de primacía de la Unión, se aplicará el Convenio con preferencia al Código Civil, cuya aplicación se ve desplazada con su entrada en vigor. Por lo tanto, podemos concluir que la clausula goza

⁴⁰ Art 2 del Reglamento de Roma I: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro.”

⁴¹ Art 29 del Reglamento de Roma I: “El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Se aplicará a partir del 17 de diciembre de 2009, excepto el artículo 26, que se aplicará a partir del 17 de junio de 2009.”

⁴² SAP de Madrid 3 de Mayo de 2006 [AC\2006\923](#): “La cláusula de sumisión es posible y válida de acuerdo con el art. 10.5, en lo que no esté derogado por el Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980 o, simplemente, porque, los puntos de conexión para juzgar la Ley aplicable nos llevan al Derecho Inglés: era un contrato firmado en Londres, la sociedad concedente del crédito Merrill Bank es sociedad de Derecho Inglés residente en Londres, y el crédito concedido se ingresó en una cuenta en Londres.”

de validez en virtud al Convenio de Roma de 1980.⁴³

4. Ley aplicable.

El Reglamento establece una serie de puntos de conexión en cascada, para la determinación de la ley que se ha de aplicar en cada contrato.

4.1. Libertad de elección.

El artículo 3 del Reglamento prevé la autonomía de la libertad conflictual, estableciendo que las partes, podrán adoptar el sistema legal estatal que crean que goza de mayor idoneidad, en caso de que se produzca un litigio⁴⁴. Para que esta elección goce de validez, ha de reunir unos requisitos previstos en la ley.

4.1.1. Requisitos.

El artículo establece que “deberá manifestarse expresamente, o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”. Es decir, la elección ha de reflejarse de forma clara y deducirse sin lugar a duda, del contenido del contrato, es por ello, que el peso de la carga de la prueba, recae sobre el que pretende alegarlo.

La forma del contrato no se recoge de forma expresa en el artículo, por lo que las partes podrán plasmarlo en el contrato, en otro escrito, o llegar a un acuerdo de forma oral.

Además, la manifestación de la elección ha de ser de forma expresa o tácita, siempre que no permita erróneas interpretaciones. La elección implícita, puede deducirse de la contestación a la demanda de la contraparte sin presentar declinatoria⁴⁵. También puede “deducirse de las circunstancias del caso”, es decir, cuando al juez no le quede lugar a dudas, que las partes quedan sometidas a un ordenamiento y no se establece en las

⁴³ En estas sentencias explicadas con anterioridad podemos ver ejemplos de aplicación correcta e incorrecta del Convenio o del Reglamento: STS 198/2015 de 17 de abril; STS 342/2015 de 23 de junio; SAP Tarragona 40/2004 de 23 de octubre; SAP Vizcaya 580/2006 de 11 de octubre; STS 1153/2008 de 26 de noviembre; STS 528/2014 de 14 de octubre.

⁴⁴ Artículo 3.1 del Reglamento de 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. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.”

⁴⁵ Sentencia BGH 12 diciembre de 1990

cláusulas del mismo por ser evidente. Además de poder deducirse del tenor del contrato, también habrá de hacerse de todo su contexto, celebración, ejecución, etc... se trata de un caso de *facta concludentia, es decir, hechos concluyentes*.

Un ejemplo de elección tácita, lo encontramos en una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante⁴⁶. Se trata de un litigio sobre un Derecho Real de un inmueble en España entre dos partes de nacionalidad alemana, el contenido del contrato está escrito en idioma alemán y además, se celebra allí, por lo que el Juez deduce de “las circunstancias del caso” que debe regirse por el Derecho alemán.

Del artículo 3, además, se puede deducir que la “ley” que elijan las partes ha de ser el sistema jurídico de un Estado, pues si no, mencionaría simplemente el término “Derecho”. De ello podemos deducir que, textos normativos que no se tratan de un sistema legal estatal (Principios de UNIDROIT, la nueva Lex Mercatoria...), no pueden ser elegidos para regir un contrato. Aunque, si podrán someterse a ellos “pactos interpartes”, cuando la ley estatal que se aplique al contrato así lo permita. Las razones de ser de esta disposición son dos: la primera se debe, a que sólo los sistemas legales de los Estados tienen carácter coactivo para las partes, es decir, las partes únicamente podrán alegar ante los Tribunales la falta de cumplimiento de contrato, si están sometidos a los Tribunales y al derecho de un Estado; el segundo motivo se debe a que, sólo los ordenamientos de los Estados nos garantizan la inexistencia de vacíos legales.

Además, el sistema legal del Estado elegido, ha de encontrarse vigente en el momento de su elección, por último, el Estado ha de existir también en el momento de la elección de la ley.

El art. 22.1 del Reglamento, permite que la elección de ley aplicable no sea únicamente la de un Estado, si no también, la de una unidad territorial, pues a los efectos del

⁴⁶SAP Alicante 780/2002 de 12 diciembre. JUR 2003\74059: : “...habida cuenta de la operatividad en el caso enjuiciado del artículo 3 y 4 del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, ya se entienda producida una tácita elección del fuero dada la nacionalidad alemana común de los litigantes y el idioma alemán en que se celebró el contrato de fiducia (artículo 3), bien se entienda que por dicha circunstancia y el desconocimiento por aquéllos de la lengua española, Alemania es, en cualquier caso, el país con el que las partes contratantes presentaban vínculos más estrechos (artículo 4)”

Reglamento se consideran Estados⁴⁷. Por lo citado, las partes podrían elegir que la ley del Estado de Illinois fuera el ordenamiento que rigiese el contrato.

Por último, se desprende del deber de elegir un ordenamiento legal estatal, que el contrato no puede someterse a la regulación del mismo, por muy “autosuficiente” que pueda parecer, se debe elegir una ley que lo rijan, es decir, el artículo no permite los contratos “sin ley” o “autorregulados”. Pues como defiende M. VIRGÓS SORIANO “la autonomía de la voluntad recogida en el art 3.1 del Reglamento sólo puede aceptarse en sentido positivo (designar una Ley aplicable) y no negativo (excluir todo Derecho regulador del contrato)”.

Podemos estudiarlo con un ejemplo de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁴⁸, en la que el demandante alega que el acuerdo al que llegan las partes (empresa y trabajador), goza de más obligatoriedad que las legislaciones española e italiana, en virtud de la autonomía de la voluntad prevista en el artículo 3.1 del Reglamento, y que por ello, debe regir el contrato. Ante la petición del demandante, el Tribunal se pronuncia alegando que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la libertad, podrán acordar una cláusula de sumisión a un derecho extranjero (en este caso se discute entre la legislación española o la italiana), es decir, que no se puede entender el artículo en sentido negativo, excluyendo todo tipo de sumisión de ley.

⁴⁷ Artículo 22.1 del Reglamento de Roma I: “cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento”.

⁴⁸ STSJ de la Sala de lo Social de Madrid 109/2006 de 13 febrero AS\2006\859: “El reproche jurídico que se dirige al juzgador de instancia es haber infringido las previsiones contenidas en el art. 10.6 CC en relación con el contenido del Convenio de Roma de 1980, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, toda vez que en los contratos de los trabajadores del presente litigio se estipulaba que su salario incluiría 12 pagas mensuales más una paga extraordinaria y este pacto tiene fuerza de Ley entre las partes contratantes por encima de la legislación española y la italiana, conforme a los preceptos que cita el recurso y la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7-7-03 (JUR 2003, 260239) . Estas razones llevan a la recurrente a pedir la íntegra absolución de las peticiones que se formulan en su contra.

La expuesta petición de absolución es claramente inatendible desde el momento en que ignora que la base de la decisión por la que el juzgador de instancia estima la pretensión de los actores descansa en todos los casos, salvo en uno de ellos, en el efecto positivo de la cosa juzgada, efecto cuya aplicación no se combate en el escrito de suplicación y determina la consolidación de esa parte del pronunciamiento del magistrado «a quo», con la consiguiente confirmación del derecho de los citados trabajadores al percibo de la paga que reclaman en este proceso.

Por lo tanto, de las reglas indicadas resulta, por lo que al presente litigio interesa, que, en caso de elección, expresa o tácita, de los contratantes a favor de la aplicación de la legislación de un determinado país, el contrato de trabajo se rige por la legislación elegida, siempre que no implique la renuncia a normas que hubieran resultado imperativas en caso de haberse aplicado la Ley que hubiera debido regir en el supuesto de que no se hubiera hecho tal elección. En defecto de opción, se aplica la Ley del país donde el trabajador esté llevando su prestación de servicios de forma estable.

4.1.2. Autonomía del pacto de elección de ley.

El pacto de elección de ley, “*pactum de lege utenda*” o “*contrato de electio iuris*” que llevan a cabo las partes, es un contrato distinto e independiente al contrato principal que se rige por la ley acordada. Esto supone que la validez o nulidad de cualquiera de ellos no afecta al otro, es decir, si la cláusula de elección de ley establece como derecho aplicable al contrato, por ejemplo, la Nueva Lex Mercatoria, aunque la cláusula de elección de ley sea nula, y por ende se entienda por no puesta, el contrato de compraventa que subyace a la misma, podrá ser completamente válido si cumple con los requisitos de forma y contenido exigidos.

La validez del pacto de elección de ley depende de las condiciones exigidas en el artículo 3 del Reglamento. Además, el mismo establece, que el pacto podrá aplicarse al contrato en su totalidad, o a una parte del mismo. También, que la elección podrá realizarse en momento anterior o posterior a la celebración según las partes crean conveniente⁴⁹.

Además, podemos apreciar la independencia de la cláusula respecto del contrato, en el considerando 11 del Reglamento⁵⁰. Se desprende del mismo que la ley elegida para regir el contrato ha de ser la que las partes consideren más adecuada, sin tener que gozar de relación objetiva y que la usencia de la misma no supone fraude de ley.

4.2. Ley aplicable a falta de elección.

⁴⁹ Artículo 3.2 del Reglamento de Roma: “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. 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.”

⁵⁰ Considerando 11 del Reglamento de Roma I: “La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales.”

El artículo 4 del Reglamento⁵¹ establece, qué ley ha de regir una obligación contractual cuando carece de clausula de elección de ley o ésta se tiene por no puesta en virtud al artículo 3 del Reglamento.

Como se dijo en la introducción, una de las modificaciones más sustanciales del Convenio de Roma de 1980 al Reglamento de Roma I, es el cambio en el tenor del artículo 4. En el Convenio se utiliza el “principio de proximidad” para determinar la ley aplicable al contrato en caso de ausencia o invalidez de la clausula de excepción. En el artículo 4.1 del Reglamento, se enumerarán una serie de puntos de conexión en cascada, cada uno de ellos corresponderá a los tipos de contratos más utilizados en el ámbito internacional. Se lleva a cabo esta modificación con ánimo de uniformar y unificar la elección de la ley en el marco de la Unión, en aquellos casos en los que las partes renuncian a la elección o ésta no es valida con el propósito de garantizar la “*seguridad jurídica en el espacio judicial europeo*”⁵².

Con esta modificación, en aras del motivo expuesto, se intenta beneficiar a las partes en la elección de ley, pues la ley más vinculada con el contrato no tiene por qué ser siempre la que más le beneficie. La elección de la ley de la compra-venta, por ejemplo, está encaminada a la protección de la parte vendedora y en la franquicia al franquiciado. El objetivo de la modificación, como establece el considerando citado, es “automatizar la precisión de la ley aplicable, en la mayor parte de los contratos internacionales”.

⁵¹ Artículo 4.1 del Reglamento de Roma I: A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo: a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual; c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble; d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y 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.

⁵²Considerando 16 del Reglamento de Roma I: “Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación.”

La modalidad de contrato de compraventa es la utilizada con mayor asiduidad por lo que haremos un breve análisis de la misma.

El concepto se ha de extraer del Reglamento de Roma I y no del concepto del derecho de un Estado. La doctrina mayoritaria (E. CASTELLANOS RUIZ) entiende, que se trata de “un contrato sinalagmático en cuya virtud, una parte entrega a otra parte la propiedad de una mercancía a cambio de un precio”⁵³.

En cuanto al término mercaderías, debe *ser entendido* como “bienes muebles corporales”, incluyendo tanto bienes animados como inanimados⁵⁴, bienes incorporeales que se puedan comprar en bienes corporales, etc... Se aplica a toda tipología de compraventa, ya sea feria, mercado ambulante, feria, a plazos, etc...

El TJCE en sentencia de 25 de febrero de 2010, ha permitido sustraer “ayuda interpretativa” dirigida a entender mejor, “conceptos de puro derecho sustantivo relativos a la definición de compraventa”.

Los INCOTERMS son un conjunto de reglas redactadas por la Cámara de Comercio Internacional, que establecen los derechos y obligaciones de las partes de un contrato de compraventa internacional de mercaderías. Como se ha citado anteriormente, la elección de ley ha de ser de un Estado existente y, que además, se encuentre vigente, por lo que estas disposiciones no podrán ser escogidas para regir el contrato. Es por ello, por lo que su valor jurídico es tan controvertido. En este sentido se han pronunciado nuestros Tribunales subrayando su notable importancia⁵⁵.

⁵³ Castellanos Ruiz, E., “La convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales” , *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 2011, nº1, pp: 77-161.

⁵⁴ Así lo establece la SAP Murcia 18 Marzo de 2010

⁵⁵ STS 157/1997 de 3 marzo RJ\1997\1638: “Sin duda que la utilización por los contratantes de cláusulas contempladas en los «Incoterms» tiene una transcendental importancia en lo que se refiere al momento de entrega de la mercancía y consiguiente transferencia de su propiedad al comprador, lo que puede conllevar, como de hecho ocurre, trascendentales consecuencias sobre la relación de transporte, tal, por ejemplo, en orden a la determinación de la legitimación activa en materia de reclamaciones sobre la carga”

SAP de Valencia 405/2003 de 7 de junio AC\2004\1085: establece que se pueden transponer como cláusulas en el contrato que supongan obligaciones interpartes.

De los extractos de sentencias citados, podemos deducir que los INCOTERMS “presentan el valor de meras cláusulas materiales redactadas por las partes e incluidas en el contrato”⁵⁶, es decir pueden ser traídas a colación como pactos inter partes, pero no pueden regir el tenor del contrato como ley aplicable ni como texto legal en el que encontrar el punto de conexión que nos lleve a la misma, pues no se trata de una norma estatal, convencional o institucional.

El TJUE los cataloga como “usos mercantiles internacionales”⁵⁷, que pueden ser introducidos en el contrato con el consenso de ambas partes, como contenido material en forma de cláusula, siempre y cuando se redacte con arreglo a la ley a la que se encuentra sometido el contrato, pero no como ordenamiento que lo rige.

Finalmente, es importante mencionar la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (CVIM), se trata de una convención que contiene normas materiales sobre la misma materia, aunque con ciertas particularidades. La aplicación de uno u otro dependerá de sus ámbitos de aplicación:

Respecto al ámbito espacial, dicha convención goza de carácter inter partes, por lo que los Estados nacionales o donde tengan sus establecimientos ambas partes, deberán haberla ratificado para poder ser aplicada.

Su ámbito material, abarca litigios que versen sobre compraventas internacionales de bienes corporales materiales. Por lo que quedan excluidos todos aquellos asuntos que no se traten de compraventas, como por ejemplo las permutas. Tampoco podrá ser aplicada, a casos cuyo objeto sean bienes inmateriales, ni entre partes que tengan la misma nacionalidad.

SAP de Asturias 154/2001 de 19 de marzo AC\2001\1122: “*tenía como motivo el que la compradora cubana no se sometía ni se sentía obligada por el contenido de los llamados Incoterms (CIF)*”

⁵⁶ A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa gonzález, «Contratos internacionales I», en Derecho Internacional Privado, vol. II, Comares, Granada, 2011, 12a ed, pp. 613-800

⁵⁷ STJUE 9 de junio de 2011, as C-87/10, Electrosteel, FJ,22 TJCE\2011\169: “*el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato, incluidos, en su caso, los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los Incoterms*”.

En cuanto al ámbito temporal, podrá regir contratos cuya demanda que inste el litigio tenga fecha posterior a 1 de agosto de 1999, entrada en vigor de la Convención.

Además, por último, han de cumplir las condiciones voluntarias de la aplicación, es decir, permite a las partes contratantes excluir total o parcialmente la aplicación de la Convención, siempre y cuando se prevea, tanto de forma explícita o tácita en el contrato, su intención.

Pese a ello, la aplicación de la Convención no excluye el sometimiento adicional del Reglamento de Roma I, puesto que la Convención carece de algunos asuntos de vital importancia en un litigio, como es la validez del contrato, de las obligaciones, cuestiones de representación, capacidad, etc..., para completar esta laguna legal, los jueces han de aplicar la norma de conflicto del Estado al que pertenecen, que en el caso de España, es el Reglamento de Roma I.

El artículo 4.2 del Reglamento⁵⁸, prevé el punto de conexión para aquellos contratos que no puedan subsumirse en los tipos de contratos mencionados en el apartado anterior o, al contrario, puedan verse identificados con más de uno de ellos. El artículo 4.1. recoge los contratos típicos, es decir, la modalidad de contratos utilizados frecuentemente en la práctica, por lo que, consecuentemente, esta cláusula debe aplicarse subsidiariamente y para contratos atípicos. Los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa⁵⁹, afirman que los contratos que se identifican con este artículo, pueden ser clasificados en tres grupos: en primer lugar, aquellos no recogidos en el artículo 4.1. del Reglamento, en segundo lugar, los contratos en relación con los que el artículo 4.1. del Reglamento no pueda operar por motivos técnicos y por último, los mixtos o complejos. Establece el artículo, que se regirán por “la ley del país donde tenga su residencia habitual, la parte que deba realizar la prestación característica”. Los contratos más utilizados y frecuentes en el día a día a los que se aplicará dicho artículo, entre otros, son el contrato de producción de obra audiovisual, de subarriendo de bienes muebles e inmuebles, de cuentas en

⁵⁸Artículo 4.2. del Reglamento de 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”.

⁵⁹ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, ; *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12^{ed}, Comares. Granada, 2011, p.713.

participación, de patrocinio publicitario o esponsorización, de comodato, de venta de empresa etc...

En aras de evitar, que las partes sometieran sorpresivamente el contrato a la ley de un Estado que resulte contraria a sus intereses, el Reglamento prevé el artículo 4.3⁶⁰, que establece una cláusula de excepción, para que el contrato quede sometido a aquella ley con la que presente los vínculos más estrechos, es decir, la ley con la que las partes vean sus costes más reducidos.

Ahora bien, ésta cláusula es de aplicación subsidiaria y tiene carácter restrictivo, pues primero, el contrato en cuestión, ha de intentar someterse a la ley prevista por los puntos de conexión en cascada del artículo 4.1 y en el caso de que la ley resultante de la misma sea meramente formal y, realmente presente vínculo sustancial más estrecho con otra ley, podrá aplicarse la ley con la que presente los vínculos manifiestamente más estrechos. Es por ello, que el artículo establece que ha de “deprenderse claramente” del “conjunto de circunstancias” pues como ya hemos dicho se trata de una cláusula subsidiaria de aplicación restrictiva, que el juez ha de motivar suficientemente para su aplicación en aras de la seguridad jurídica, tan potenciada por el presente Reglamento.

Parte de la doctrina⁶¹ sostiene que será susceptible de aplicación esta cláusula, cuando la ley prevista por los puntos de conexión de los artículos 4.1 y 4.2 del Reglamento, sea meramente accidental desprovista de significado. Supuestos frecuentes en la práctica pueden ser aquellos, en los que “la sede del prestador característico en el contrato sea circunstancial o temporal”, cuando “sean íntegramente ejecutados en “mercados regulados” o se trate de “contratos accesorios”.

Por último, el artículo 4.4 del Reglamento⁶² actúa como cláusula de cierre. Se utiliza para los casos en los que tanto el artículo 4.1 como el 4.2 no sean aplicables, no pueda

⁶⁰ Artículo 4.3 del Reglamento de 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 o 2, se aplicará la ley de este otro país.”

⁶¹ Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ªed, Comares. Granada, 2011, p.715

⁶² Artículo 4.4 del Reglamento de Roma I: “Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a

conocerse el país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica⁶³, se deba dicha prestación desde varios sitios o carezcan de la misma. Los supuestos mencionados han de regirse por la ley del país, con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos, lo cual conlleva un examen individualizado de las circunstancias de cada caso en concreto. Algunos ejemplos de estos contratos en la práctica, pueden ser los de permuta de mercancías, de Joint-venture, de cuenta corriente entre empresas, etc...

5. Conclusión.

Tras un análisis de la jurisprudencia en materia de Derecho Internacional Privado contractual Civil y Mercantil, podemos destacar la evidente evolución de los Tribunales españoles, respecto a la aplicación de la normativa institucional en este ámbito.

Como se ha mencionado de forma reiterada en el texto, la normativa institucional, en este contexto, en primer lugar, el Convenio de Roma de 1980 y, posteriormente, el Reglamento de Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, goza de aplicación preferente a los artículos establecidos en el Código Civil en esta materia, debido al principio de primacía de la Unión. En virtud de éste, el artículo 10.5 del Código Civil que prevé la norma que determina la ley aplicable en caso de conflicto de ley en un contrato, ve su aplicación derogada.

No es necesaria la transposición del Reglamento en el ordenamiento jurídico español para su entrada en vigor, por lo que tras la *vacatio legis* establecida en el mismo, será susceptible de aplicación.

los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.”

⁶³ Miguel Asensio, P.A., *Contratación Internacional: “La evolución del modelo de Unión Europea”*, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado* num 29, septiembre de 2011, pp. 67-89.

Con lo expuesto anteriormente, quiero recalcar que estos textos gozan de naturaleza normativa española y deben aplicarse, consecuentemente, de la misma manera.

Pese a que la evolución de aplicación de estas normas ha sido favorable, todavía queda mucho camino por recorrer, pues en la mayoría de las sentencias que han sido analizadas y citadas en este documento los jueces españoles aplican el artículo 10.5 del Código Civil y más tarde lo relacionan con el Reglamento o con el Convenio. Como ya se ha indicado, la normativa citada, tras su entrada en vigor, es de aplicación exactamente de igual manera que las normas que nacen del poder legislativo de nuestro país. Incluso, la normativa institucional, al gozar de la primacía de la Unión, tanto Convenio como Reglamento, derogan la aplicación del artículo 10.5 debido a su mayor rango jerárquico en caso de conflicto de aplicación.

Por ello, en caso de conflicto de leyes en materia de obligación contractual civil o mercantil, es de errónea aplicación el artículo 10.5 del Código Civil, pues se encuentra derogado para aquellos casos en los que los textos institucionales sean aplicables. Pese a su carácter habitual en la práctica, es un error de aplicación normativa importante, puesto que supone el sometimiento al contrato, de una ley distinta a la prevista por el Derecho institucional, el cual trata de automatizar el mecanismo de los jueces de elección de ley aplicable al contrato en caso de conflicto de leyes cuando no se ha previsto expresamente por las partes, en aras de favorecer la seguridad jurídica y la libre circulación de resoluciones judiciales, para un mejor funcionamiento del mercado interior de la Unión.

Podemos por tanto concluir, que pese a la gran evolución de la aplicación del Derecho Institucional desde sus inicios, comprobamos que aún queda mucho camino por recorrer. Se ha de dar una mayor importancia al Derecho comunitario mediante la potenciación de su conocimiento, en aras de evitar las consecuencias que se derivan de su inaplicación.

BIBLIOGRAFÍA.

Normativa:

Código Civil español de 1889. [BOE-A-1889-4763](#)

Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales [BOE \(DOUE-L-2007-82462\)](#)

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) [BOE \(DOUE-L-2009-82322\)](#)

Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) [BOE \(DOUE-L-2007-82462\)](#)

Jurisprudencia:

STJUE de 21 de abril de 2016 Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte GmbH contra Amazon EU Sàrl y Otros. [TJCE\2013\216](#)

STJUE de 14 de marzo de 2013 Česká sporitelna, a.s. contra Gerald Feichter. [TJCE\2013\88](#)

STJUE 9 de junio de 2011, as C-87/10, Electrosteel, [TJCE\2011\169](#)

STJUE de 6 de Octubre de 2009, as, c-133/08, Intercontainer Interfrigo, [TJCE\2009\313](#)

STJUE de 17 de septiembre de 2002 Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS). Sentencia de 17 septiembre 2002 [TJCE\2002\254](#):

STS 198/2015 de 17 de abril [RJ\2015\1350](#)

STS 342/2015 de 23 de junio [RJ\2015\4484](#)

STS 528/2014 de 14 de octubre [RJ\2015\2](#):

STS 1153/2008 de 26 de noviembre [RJ\2008\7710](#)

STS 157/1997 de 3 marzo [RJ\1997\1638](#)

STS de 30 de junio de 1983

STSJ Islas Canarias Las Palmas Social 17 de abril de 2015 [JUR\2015\213803](#)

STSJ Islas Canarias Las Palmas Social 29 de Junio de 2012 [AS\2013\329](#)

STSJ Islas Canarias Las Palmas Social 26 de febrero de 2009 [AS\2009\1057](#);

STSJ de la Sala de lo Social de Madrid 109/2006 de 13 febrero [AS\2006\859](#)

SAP de Madrid 3 de Mayo de 2006 [AC\2006\923](#)

SAP Vizcaya 580/2006 de 11 de octubre [JUR\2007\99716](#)

SAP Tarragona 40/2004 de 23 de octubre [AC\2005\838](#):

SAP de Valencia 405/2003 de 7 de junio [AC\2004\1085](#)

SAP Alicante 780/2002 de 12 diciembre. JUR 2003\74059

SAP de Asturias 154/2001 de 19 de marzo [AC\2001\1122](#)

Sentencia BGH 12 diciembre de 1990

Doctrina:

Carrascosa González, J., “La redacción de los contratos internacionales”, *Textos de Derecho internacional privado*, 2006.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González J., «Contratos internacionales I», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2011, 12a ed, pp. 613-614.

Castellanos Ruiz, E., “La convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales” , *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 2011, nº1, pp: 77-161.

Giuliano, M, Lagarde, P., “Reporte sobre la Convención sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Journal officiel* n° C 282 du 31/10/1980 p. 0001 – 0050.
Disponible en: www.rome-convention.org

Grob Duhalde, F.J., “La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes”; *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 No 1,2014, pp. 229 - 265.

Miguel Asensio, P.A., Contratacion Internacional: “La evolución del modelo de Unión Europea”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado* num 29, septiembre de 2011, pp. 67-89.