

EL ARTÍCULO 4.3 DEL REGLAMENTO ROMA I. UNA VERDADERA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN

THE ARTICLE 4.3 OF THE ROME I REGULATION. A REAL EXCEPTION CLAUSE

William Fernando Martínez Luna*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN, II. CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN NORMAS INTERNAS E INTERNACIONALES. III. LA CLÁUSULA DE ESCAPE EN EL CONVENIO DE ROMA DE 1980. IV. LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN EL REGLAMENTO ROMA I. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El alcance y ámbito de aplicación de la cláusula de escape contenida en el Art. 4.5 del Convenio de Roma, suscitó uno de los más enconados debates jurídicos de los últimos años. Dicha disputa enfrentaba principalmente una concepción rígida de la cláusula de escape que pretendía su aplicación solo en casos excepcionales, frente a otra que mantenía una interpretación flexible, donde el juez podía descartar en todo momento las presunciones cuando consideraba que existía una ley más vinculada con el contrato. El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales, siendo consciente de los múltiples problemas de esta disposición, ha introducido unas importantes modificaciones al precepto. El presente trabajo pretende analizar los cambios incorporados a la cláusula de excepción en el Reglamento Roma I, partiendo del estudio de los diversos problemas jurisprudenciales de la cláusula de escape del Convenio de Roma, a fin de descubrir el alcance de sus modificaciones, y su posible utilización por los jueces de los Estados miembros.

ABSTRACT: The reach and scope of the escape clause found in article 4.5 of the Rome Convention has been fiercely debated in the last years. The main participants in this debate held either a rigid conception of the escape clause that regarded it as applicable only in exceptional cases; or the opposing viewpoint, which can be described as a flexible interpretation, according to which judges may dismiss presumptions at any moment whenever they deem that there is one law with more links to the contract. The Rome I Regulation on the law applicable to international contracts, aware of the many problems posed by the aforementioned article, has introduced some important modifications concerning the regulated issue. This article intends to examine the modifications of the exception clause found in the Rome I Regulation by studying the multiple problems in case-law related to the escape clause of the Rome Convention, with the purpose of ascertaining the scope of its changes and its possible use by judges of States parties.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, Derecho Internacional Privado, Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cláusula de excepción, Convenio de Roma.

KEYWORDS: *European Union, International private law, Rome I Regulation, exception clause, Rome Convention.*

Fecha de recepción del original: 17 de octubre de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 10 de diciembre de 2012.

* Doctor en Derecho Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho de los negocios y litigación internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga (Colombia) wifemalu@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

La norma de conflicto se ha constituido a través de los años en una pieza clave del comercio internacional, brindando a los contratantes soluciones “seguras, estables, precisas y claras”, pero principalmente, proporcionando soluciones justas en cuanto a la designación de la Ley aplicable al contrato internacional. En efecto, la norma de conflicto proporciona seguridad jurídica a los intercambios comerciales internacionales, pues pone fin a la incertidumbre que provoca la pluralidad normativa¹.

Para alcanzar un elevado nivel de justicia, los legisladores procuran introducir en la norma de conflicto puntos de conexión con un alto grado de previsibilidad, ya que una Ley previsible, no toma por sorpresa a las partes del contrato, y por ende, les permite una fácil adaptación de su conducta comercial a la ley que en un futuro regulará un eventual conflicto jurídico, lo cual disminuye los costes judiciales.

No obstante el esfuerzo de los legisladores, la adaptación del punto de conexión de una norma de conflicto a la realidad comercial resulta en algunos casos bastante complejo. Efectivamente, en algunas circunstancias concretas, el punto de conexión no establece una Ley idónea para regular el contrato, pues ata el negocio jurídico a un país que no mantiene una conexión real con el mismo. Como consecuencia de esto, un país diferente al señalado por la norma de conflicto, presenta un mayor grado de vinculación con la relación jurídica, y es justamente la Ley de dicho país, la normatividad jurídica que los contratantes esperan ver aplicada a su negocio jurídico. Dicho de otro modo, cuando la norma de conflicto remite a un país con una escasa o nula vinculación con el contrato, y existe otro país con una mayor relación con la situación jurídica, la Ley que las partes esperan aplicar a su contrato internacional, es precisamente la Ley que presenta una fuerte vinculación con su negocio jurídico.

Este problema se presenta principalmente cuando el legislador escoge puntos de conexión con un elevado nivel de rigidez, pues al pretender minimizar la discrecionalidad judicial, provoca que la norma de conflicto tenga especial dificultad para adaptarse a la realidad del contrato.

Una de las soluciones que han encontrado los legisladores para resolver este problema, es la inclusión de una cláusula de excepción en la norma de conflicto. Mediante ella, el legislador espera corregir la remisión a una Ley que no cumple con el objetivo de la norma de conflicto, es decir, conduce a un “resultado injusto².”

Con la incorporación de una cláusula de excepción, el resultado que consigue el legislador es el siguiente: el punto de conexión principal define la Ley aplicable para la generalidad de contratos, y la cláusula de excepción, se encarga de los casos difíciles.

Esta cláusula de excepción, en palabras de M. ANCEL, tiene una doble connotación: es un acto de confesión y un acto de enmienda. Un acto de confesión, cuando reconoce la

¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2004, p. 147.

² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2004, p. 166.

“insuficiencia irreductible de la técnica” a la hora de asignar una Ley nacional a una situación jurídica transnacional. Y un acto de enmienda, cuando corrige la designación de Ley evitando que se haga caso omiso a los intereses que se deben preservar³.

De acuerdo a lo anterior podemos afirmar que la cláusula de excepción, es una disposición jurídica que pretende conseguir un elevado nivel de vinculación entre la situación jurídica internacional y la Ley nacional que deberá regularla, mediante la exclusión del punto de conexión planteado en la norma de conflicto general, en el evento en que la Ley designada presente una escasa e insignificante vinculación con la relación jurídica. De esta forma, un Derecho nacional provisto de una mayor vinculación con el asunto, sustituirá la Ley previamente establecida.

Sin embargo es necesario precisar, que la sustitución de la elección hecha por medio de la norma general, no puede justificarse en el hecho de que una norma material nacional otorgue una solución más convincente al caso concreto, sino en el hecho de que un país distinto al determinado previamente por la disposición general, presenta una mayor vinculación con la relación jurídica que da origen al litigio⁴. Efectivamente, el juez no puede desplazar la norma general mediante la cláusula de excepción, argumentando que la Ley material de otro país es más idónea para regular el contrato, o que dicha normativa se adapta mejor a las circunstancias del caso. El juez lo que debe valorar, es el grado de vinculación de la relación jurídica con un determinado país, y si cumple con el nivel de vinculación que impone la propia norma, podrá desatenderse la Ley designada previamente en la disposición general, para reemplazarla por otra.

La cláusula de excepción ha sido utilizada en normas de Derecho internacional privado (en adelante DIPr.) de origen interno, o de fuente internacional. Así, se ha incorporado la cláusula de excepción a Leyes internas de DIPr., ad. ex. la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987. De la misma forma se ha incluido en cuerpos jurídicos de carácter internacional como el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante CR), o el Reglamento Roma II relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

Por otra parte, y de acuerdo a un objetivo previamente establecido, algunas cláusulas de excepción descartan la aplicación de unas normas concretas, es decir, se encargan de sustituir la previa elección de ley hecha por unas determinadas disposiciones, ad ex. el Art. 4.3 Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea (en adelante RRI) descarta solamente la aplicación de los apartados 1, 2 del Art. 4 RRI. Por el contrario, otras cláusulas de excepción descartan la aplicación de la generalidad de normas de conflicto inmersas en un cuerpo jurídico, tal es el caso del Art. 15 de la Ley de DIPr. Suiza.

³ M.A. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002, p. 337.

⁴ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009, p.117.

II. CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN NORMAS INTERNAS E INTERNACIONALES

1. La cláusula de excepción en las normas internas.

Varios cuerpos jurídicos de carácter interno consagran dentro de sus normas cláusulas de excepción. En primer lugar podemos encontrar la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987, donde en su Art. 15 trae la denominada “*Clause d’exception*” en los siguientes términos:

“1. Le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l’ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n’a qu’un lien très lâche avec ce droit et qu’elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.

2. Cette disposition n’est pas applicable en cas d’élection de droit”.

Esta es una cláusula de excepción general, pues se aplica a todas las normas de conflicto presentes en la Ley, excepto cuando se admite la autonomía conflictual. Permite este precepto descartar el Derecho previamente designado por la Ley, cuando excepcionalmente y de acuerdo a las circunstancias propias del caso, aparece de forma manifiesta que la relación jurídica presenta un débil vínculo con dicho ordenamiento jurídico, y al mismo tiempo presenta una mayor vinculación con otro Derecho⁵.

Otro país que consagra en su Derecho interno una cláusula de excepción es Bélgica. El Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica de 2004 presenta en su Art. 19 una cláusula de excepción que sigue buena parte de lo contenido en la cláusula de excepción de la Ley Suiza⁶. Esta cláusula de excepción pretende ser usada como una herramienta de corrección de la Ley previamente designada, pero bajo unos precisos y restrictivos términos, ya que solo puede ser utilizada por vía de excepción, si resulta de forma manifiesta que la relación jurídica ostenta una muy débil conexión con el país designado

⁵ “El Derecho designado por la presente ley no será aplicable, excepcionalmente, si a la vista de las circunstancias, resulta manifiesto que el supuesto litigioso no presenta más que una débil vinculación con dicho Derecho, encontrándose en una relación mucho más estrecha con otro Derecho.” Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009, p. 117.

⁶ Art. 19 Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica: “Clause d’exception. Art. 19. 1er. Le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable lorsqu’il apparaît manifestement qu’en raison de l’ensemble des circonstances, la situation n’a qu’un lien très faible avec l’Etat dont le droit est désigné, alors qu’elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre Etat. Lors de l’application de l’alinéa 1er, il est tenu compte notamment : - du besoin de prévisibilité du droit applicable, et - de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement. 2. Le § 1er n’est pas applicable en cas de choix du droit applicable par les parties conformément aux dispositions de la présente loi, ou lorsque la désignation du droit applicable repose sur le contenu de celui-ci”.

por la norma general, pero al mismo tiempo, existen unos vínculos más estrechos con otro país⁷.

Dos importantes restricciones para el uso de la cláusula de excepción trae el Art. 19.2 del Código de DIPr. de Bélgica. En primer lugar la cláusula no puede ser empleada cuando las partes han escogido su Ley aplicable, y en segundo término, cuando la designación de la Ley “depende del contenido del Derecho aplicable”⁸.

De la misma forma, la nueva Ley de Derecho internacional privado de Macedonia de 2007 recoge la esencia de la Ley de DIPr. Suiza, plasmando en su Art. 3 la cláusula de excepción. De acuerdo con dicho artículo la Ley determinada mediante la Ley de DIPr. de 2007- es decir mediante las normas generales- no se aplicará en casos excepcionales, donde es evidente, de acuerdo a las circunstancias del caso, que no existe una significativa conexión con dicha Ley, pero existe unos vínculos manifiestamente más estrechos con la Ley de otro Estado. En su párrafo 2 se excluye la aplicación de la excepción, cuando las partes han hecho una elección de Ley⁹.

2. La cláusula de excepción en las normas de fuente internacional.

Al igual que en los Derechos internos, cuerpos jurídicos supranacionales recogen dentro de su articulado la cláusula de excepción. Un ejemplo lo podemos encontrar en el Art. 4.3 del Reglamento Roma II, que reza de la siguiente manera:

“Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso 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. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión.”

De igual forma, el reformulado Art. 4.3 RRI, contienen una cláusula que permite no aplicar la Ley establecida bajo las normas de conflicto generales. Sin embargo, antes de analizar esta novedosa disposición, es conveniente estudiar la cláusula de escape contenida en el Art. 4.5 del Convenio de Roma de 1980, no solo porque la cláusula de excepción del Reglamento está fuertemente influenciada en dicho precepto, sino porque la utilización de la cláusula de escape del Art. 4.5 CR presentó un enorme debate doctrinal y jurisprudencial, que sin lugar a dudas, tiene gran influencia en la aplicación del la cláusula de excepción del RRI.

⁷ P. MCELEAVY, "Codification of Private International Law: The Belgian Experience", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, April 2005, pp. 499-519, conc. p. 514.

⁸ M. FALLON, "La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 56, nº 2, 2004, pp. 821-835, concr. p. 825.

⁹ T. DESKOSKI, "The new Macedonian private international law act of 2007", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 10, 2008, pp. 441-458, conc. p. 443.

III. LA CLÁUSULA DE ESCAPE EN EL CONVENIO DE ROMA DE 1980

El Art 4.5 CR era una disposición que tenía utilidad en dos eventos concretos: como una cláusula de cierre, es decir, cuando no podían funcionar las presunciones, y como cláusula de escape, cuando el contrato tenía vínculos más estrechos con un país distinto al designado de acuerdo a las presunciones¹⁰. Para estos dos acontecimientos, el precepto establecía que se debía aplicar la Ley del país con el que el contrato presentara los vínculos más estrechos. Centraremos nuestro análisis del Art. 4.5 CR en los eventos que operaba como cláusula de escape.

El CR preveía que en algunos casos la Ley designada mediante las presunciones del Art 4, no correspondía a la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato. Este hecho ocurría porque en eventos concretos, la teoría de la prestación característica podía “producir resultados artificiales”, que contradecían las expectativas de las partes en cuanto a la Ley aplicable¹¹. Por este motivo, el CR otorgaba la posibilidad de abstenerse de aplicar las presunciones, para que por medio del Art. 4.5, se designara la Ley del país que tuviera un vínculo más cercano con el contrato.

La razón de ser de la cláusula de escape -como lo explica el Informe GIULIANO/LAGARDE - es que teniendo en cuenta el carácter general del Art. 4 CR, (que solo admitía dos excepciones: contratos de trabajo¹² y de consumidores¹³) se hacía indispensable otorgar la posibilidad de aplicar una Ley distinta a la establecida mediante las presunciones, cuando existiera una Ley con una mayor vinculación con el contrato, es decir, cuando al determinarse la Ley aplicable al contrato mediante las presunciones, éstas fallaran en la designación de la Ley mayormente vinculada con el negocio jurídico¹⁴. Aunque era claro que esta disposición entregaba un amplio margen de discrecionalidad al juez del caso para apreciar cuándo debía apartarse de la Ley designada mediante las presunciones, éste margen se justificaba al ser los apartados 2, 3

¹⁰ E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Madrid, Comares, 2009, p. 131; F. RIGAU/M. FALLON, *Droit international privé*, 3ªed., De Boeck & Larcier, Bruxelles, 2005, p. 810.

¹¹ D. MARTINY, *The applicable law to contracts in the absence of choice (Art. 4 Rome Convention)-Old Problems and new dilemmas*, en A.L. CALVO CARAVACA /J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Estudios sobre contratación Internacional", Colex, 2006, Madrid, pp. 11-26, concr. p. 19.

¹² Sobre el contrato de trabajo en el CR puede verse: Cour de Cassation (Ch. soc.) Du 12 novembre 2002; STSJ, Madrid, de 18 de julio de 2005 AS\2005\2905; Cas. Soc., Noviembre de 2005 B, Soc. Q. Invertir v. M. X; Cass. Soc., 23 November 2005, X v. Lucas Diesel; The English Queen's Bench Division (QBD (Comm), Base Metal Trading c. Shamurin); C. Paris, February 19 2002, Horphag Research v. Van Hoegaerden; Cass. Soc. 25 April 2007, X v. City of Charleroi; Cass. soc., 23 March 2005, X v. EFRD; Corte Di Cassazione, Sentenza 26 maggio 2008 n. 13547.

¹³ Sobre el contrato de consumo en el CR puede verse: Court of appeal of Colmar, 18 February 2004, Raspiller v. Eurohypo; Supreme Court, Cass. Lux. 12 May 2005, Anen v. Hotel Management and Consulting; Court of Appeal of Piraeus 475/2007.

¹⁴ Vid. M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19; asimismo vid. conclusiones del abogado general SR. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

y 4 del Art. 4 CR una norma de carácter general, que era de aplicación a la mayoría de contratos internacionales¹⁵.

En suma, ésta era una verdadera cláusula de escape, pues se imponía sobre las presunciones del Art. 4 CR cuando existía una vinculación más estrecha del contrato con otro país¹⁶. En otras palabras, esta disposición permitía evadir la aplicación de la Ley previamente designada mediante los apartados 2, 3 y 4 del Art. 4 CR, cuando no podían identificar la Ley más vinculada con el negocio jurídico. Así lo establecía el párrafo segundo del Art. 4.5 CR:

“Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país”.

El Artículo 4, fue tal vez la disposición del Convenio que más dudas presentó en el transcurso de estos 20 años de aplicación, y como es lógico, no estuvo exenta de polémica. El punto más controvertido lo constituyó sin lugar a dudas la interacción entre las presunciones del Art 4 CR, con el principio de los vínculos más estrechos establecido como norma general en el Art. 4.1, pero muy especialmente el plasmado como cláusula de escape en el Art. 4.5 CR¹⁷.

En efecto, la forma de aplicar esta cláusula de escape mantuvo una interesante lucha en la doctrina internacional privatista, donde su punto álgido era la pugna entre la aplicación excepcional y rígida de la cláusula de escape (solo se debe usar para casos “excepcionales” donde las presunciones lleven a aplicar la Ley de un Estado que no es el que tiene el vínculo más estrecho con el contrato), versus una utilización sin restricciones basadas siempre en el caso concreto¹⁸.

Los distintos tribunales fueron tomando partido y contribuyeron con sus decisiones a incrementar la polémica, generando una desigualdad jurisprudencial que iba en total contravía del objetivo trazado por el Convenio. Fue así como los tribunales de Escocia y Los Países Bajos “tendían a confiar en la presunción”, mientras que tribunales de países como Inglaterra utilizaban libremente la cláusula de escape para refutar la presunción¹⁹. Quizás sea útil exponer las dos más importantes tendencias recaídas sobre la relación de las presunciones con la cláusula de escape del CR, a fin de valorar sus argumentos y establecer las consecuencias prácticas de su implementación.

¹⁵ Vid. Conclusiones del abogado general Sr. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV; M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable ...", p. 19.

¹⁶ E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Madrid, Comares, 2009, p. 130.

¹⁷ M.A. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, Paris, 2002, p. 421.

¹⁸ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, " El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980", en A. L. CALVO CARAVACA /L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA (DIRS), *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-143, concr. p. 100.

¹⁹ J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes*, IV ed., Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 521.

1. Modelo de presunciones débiles (*weak model*)

Quienes acogieron el “modelo débil” se basaban en una lectura literal del Art. 4 CR, donde consideraban que el apartado primero consagraba el objetivo general de la disposición, y que el apartado segundo era simplemente una herramienta para alcanzar dicho objetivo; de tal suerte que si el Art. 4.2 no lograba concretar el objetivo general, podía ser desplazado por el Art. 4.5 CR²⁰.

En otras palabras, entendieron que el CR al consagrar que “...el contrato se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”²¹, no impuso requisitos adicionales para que en todo caso, esta norma general debiese ser siempre cumplida por el juez²². Por tanto, era claro que la regla de los vínculos más estrechos ostentaba un rol principal, y éste debía ser reconocido puesto que las presunciones y la cláusula de escape estaban fundamentadas en este principio²³. Lo anterior permitía concluir que la Ley aplicable al contrato, debía identificarse caso a caso utilizando siempre y en todo momento la regla de los vínculos más estrechos²⁴.

Esta era una tendencia “fluctuante y flexible”, pues la exclusión de la Ley determinada mediante las presunciones se hacía sin unas directrices estrictas, ya sea determinando la Ley aplicable directamente por la regla de los vínculos más estrechos sin previamente analizar las presunciones, o motivando su exclusión²⁵.

Bajo este parámetro general, al interior del modelo de presunciones débiles se presentaron diversas tendencias que diferían entre ellas dependiendo del rol que se le atribuía a las presunciones²⁶.

En primer lugar, la visión extrema de este modelo planteaba que la presunción operaba solo para determinar la Ley aplicable cuando un contrato tuviese una fuerte vinculación

²⁰ Vid. S. ATRILL, "Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of the Article 4 Jigsaw?", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, n° 3, (Jul., 2004), pp. 549-577, conr. p. 553; C. BIANCA /A. GIARDINA, "Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)", *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, pp. 901-1127, conr. p. 961.

²¹ Artículo 4.1 Convenio de Roma 1980.

²² Sobre la aplicación del Art. 4.1 CR como norma general para establecer la ley del contrato puede verse la sentencia: Brussels civil Tribunal, 8th chamber, March 172000, *Lyonnaise de Banque v. Delblecer hambre*, vid. A. MOURRE/ Y. AHOU, "Chronicle of Private International Law applied to business", *De Droit des affaires internationales*, n° 4, 2003, versión *online*.

²³ C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas de Derecho Internacional privado de la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 209.

²⁴ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto Intercontainer Interfrigo y su repercusión en el Reglamento Roma I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, Vol. 3, n° 1, pp. 302-315, conr. p. 307.

²⁵ Conclusiones del abogado general SR. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV*.

²⁶ Siguiendo la exposición del profesor CARRASCOSA en: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la Stream-Of-Commerce", en A.L CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-120, conr. p. 97.

con más de un país, pues tenía la función de inclinar la balanza hacia uno de ellos²⁷. De esta forma, era claro que se le instituía un rol residual a las presunciones, pues para establecer la *lex contractus*, el tribunal –en un primer momento- debía basarse en todas las circunstancias que rodeaban el caso concreto, y solo si existían grandes incertidumbres en la determinación del país más vinculado con el contrato, acudiría a las presunciones.

Otra perspectiva ubicaba a las presunciones en el mismo nivel que los demás elementos del contrato. Por lo tanto, el juez a la hora de designar la Ley aplicable acudía a todos los factores de conexión dentro de los cuales se encontraban las mencionadas presunciones, pero siempre identificando la Ley del país con el que el contrato presentase los vínculos más estrechos.

Esta interpretación fue seguida por la Corte de Casación francesa al considerar que: “en aplicación del artículo 4, apartado 1, del Convenio de Roma, el contrato se rige por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos; que resulta de la interpretación conjunta de los apartados 2 y 5 que, para determinar la Ley más apropiada, el juez que conoce del asunto debe comparar los vínculos existentes entre el contrato y, por una parte, el país en el que la parte que deba realizar la prestación característica tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato y, por otra parte, el otro país en cuestión, y buscar aquel con el que presente los vínculos más estrechos”²⁸.

Un tercer enfoque doctrinal consideraba, que a pesar de que en todo caso el juez debía aplicar la Ley que presentase los vínculos más estrechos con el contrato, las presunciones tenían un destacado papel a la hora de determinar dicha Ley. Quienes mantenían esta postura consideraban que para una correcta aplicación del Art. 4 CR debía tenerse presente el criterio de conexión “vínculos más estrechos” expuesto en el apartado primero, pues este punto de conexión gobernaba todo el Art. 4 y debía aplicarse siempre, por lo que el operador jurídico no podía aducir ningún argumento tendente a su exclusión; y que las excepciones que traía el artículo no recaían sobre el principio de los vínculos más estrechos sino sobre las presunciones²⁹. No obstante, el juez del caso debía siempre determinar la prestación característica del contrato pues se consideraba un “índice privilegiado”³⁰. En otras palabras, el juez debía apoyarse en la prestación característica del contrato para que la Ley del país del prestador característico

²⁷ J. HILL, "Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, No. 2 (Apr., 2004), pp. 325-350, conocr. p. 339.

²⁸ Cour de cassation (Francia) de 19 de diciembre de 2006 (cass com n° 05-19.723); vid. Conclusiones del abogado general SR. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

²⁹ L.F. CARRILLO POZO, " Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis través de la jurisprudencia", *Revista del Poder judicial*, n° 74, parte Estudios, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 11-46, conocr. p. 15.

³⁰ L.F. CARRILLO POZO, " Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis través de la jurisprudencia", *Revista del Poder judicial*, n° 74, parte Estudios, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004 pp. 11-46, conocr. 29.

rigiese la obligación. Sin embargo, si existía otra Ley con mayor vinculación con el negocio jurídico debería en todo caso aplicar dicha Ley.

El modelo de presunciones débiles fue seguido principalmente por los tribunales ingleses, quienes intentaron preservar la flexibilidad de la cláusula de escape³¹, manteniendo la posición de que las presunciones debían ser desplazadas -en todo caso -, cuando otra Ley estuviese mejor conectada con el contrato. Esta particular interpretación fue utilizada especialmente cuando la residencia habitual de la parte que llevaba a cabo la prestación característica, estaba ubicada en un país diferente a donde dicha prestación debía cumplirse³² (*Definitely Maybe (Touring) Ltda. v. Marek Lieberberg Konzertagentur GMBH*)³³. Esta postura -como lo revela U. VILLANI- obedeció a que los tribunales ingleses siguieron literalmente lo estipulado por la “biblia” doctrinal inglesa sobre el conflicto de Leyes: “*Dicey and Morris, The Conflict of Laws*”³⁴. Dicha doctrina estipulaba que “the presumption may most easily be displaced in those cases where the place of performance differs from the place of business of the party whose performance is characteristic of the contract”³⁵. Con esta forma de interpretar el Art. 4 CR, los tribunales ingleses han querido mantener la aproximación contenida en el *common law*, esto es, buscando en todos los casos la conexión más estrecha con el negocio jurídico³⁶.

En Inglaterra tres reglas habían sido desarrolladas para asistir al juez a la hora de establecer la Ley aplicable al contrato³⁷. En primer lugar se acudía a la Ley elegida por las partes (rule 1: *whether there is an express selection of the proper law by the parties*), en ausencia de elección el *common law* buscaba inferir la Ley aplicable de los términos y circunstancias de contrato (rule 2: *whether there is an implied selection*), y de no ser posible, el contrato sería gobernado por el sistema legal con el que el contrato presentara los vínculos más estrechos y reales³⁸ (rule 3: “*system of law with which the transaction had its closest and most real connection*”)³⁹.

³¹ J. O'BRIEN, *Conflict of Law*, II ed, Cavendish Publishing Limited, London, 1999, p. 345.

³² J.J. FAWCETT, “A United Kingdom Perspective on the Rome I Regulation”, *concr.* p. 196.

³³ Se trataba de un contrato de prestación de servicios musicales por parte de un grupo de pop inglés en una ciudad alemana. Por incumplimiento contractual el prestador del servicio demandó ante un juez inglés, quien en lugar de aplicar la presunción del Art. 4.2 residencia habitual del prestador característico -que en este caso claramente era el grupo musical inglés- determinó la ley aplicable basado en el lugar donde la prestación característica debía ser cumplida, en este caso Alemania, para lo cual descartó la presunción del Art. 4.2 en beneficio del Art.4.5 CR. *Definitely Maybe (Touring) Ltda. V. Marek Lieberberg Konzertagentur GMBH* [2001] 1 WLR 1745.

³⁴ U. VILLANI, “La legge applicabile in mancanza di scelta dei...”, *concr.* p. 197.

³⁵ L. COLLINS, et al (Ed), *Dicey and Morris on the conflict of laws*, parr. 32-127.

³⁶ R.FENTIMAN, “Choice of law in Europe: Uniformity and Integration”, *Tulane Law Review*, Vol. 82, Issue 5 (May 2008), pp. 2021-2052, *concr.* p. 2047.

³⁷ Sobre la aplicación del *common law* pueden verse las sentencias: *Coast Lines Ltd v. Hudig and Veder Chartering NV* [1972]2 QB 34); *Amin Rasheed Corpn v. Kuwait Insurance Co.* [1984] AC 50, 61; *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltda. v. James Miller and Partners Ltda.* [1790] A.C. 583.

³⁸ G. M. McGUINNESS, “The Rome Convention: The contracting parties’ Choise”, *San Diego Int'l L.J.*, Vol 1, 127, 2000, pp. 217-173, *concr.* p. 135.

³⁹ *Bonython v. Commonwealth of Australia* [1951] A.C. 201,219.

Por lo tanto, el juez inglés estaba dotado de un amplio margen de discrecionalidad para establecer la *lex contractus* mediante la regla de los vínculos más estrechos, pudiendo acudir a todos los elementos presentes en el caso concreto. No obstante, un importante factor de conexión que el tribunal tenía en cuenta, era si las partes desarrollaban sus prestaciones en el mismo país, pues esta circunstancia podía inclinar la balanza hacia la Ley de ese país. Este mismo *test* era utilizado en la determinación de la Ley aplicable bajo el Art. 4 CR desplazando el uso de las presunciones, pues entendían que las mencionadas presunciones “oscurecían la búsqueda de los vínculos más estrechos”⁴⁰.

En suma, con la entrada en vigor del CR la determinación de la Ley aplicable al contrato en defecto de elección se vio limitada por la inclusión en el Art. 4 CR de una serie de presunciones que moderaban la regla de los vínculos más estrechos. Este nuevo cambio no fue bien recibido por el operador jurídico inglés, quien encontró en la cláusula de escape una salida para aplicar los criterios utilizados en su norma interna desplazando sin límites las presunciones de los Art. 4.1,2 y 3 CR, incluso en casos tan extremos como *Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd*⁴¹.

Se trataba de un contrato de garantía firmado por una empresa egipcia a favor de una empresa inglesa, donde en primera instancia el juez rechazó la existencia de una cláusula de elección de Ley. El tribunal de apelación identificó la prestación característica del contrato estableciendo que era el pago del dinero por el garante, por lo que la sola aplicación de la presunción derivaba en la designación de la Ley de Egipto. Posteriormente, hace un análisis del peso que cada tribunal debía atribuirle a la presunción en un caso determinado, y se preguntó ¿cuándo podía hacer caso omiso de dicha elección y establecer la Ley mediante los vínculos más estrechos? Respondió a esa inquietud, exponiendo que las presunciones solo serían desatendidas en circunstancias donde claramente quede demostrado la existencia de un factor de conexión que justifique el reemplazo de la Ley elegida mediante las mencionadas presunciones.

A pesar de esta clara posición, sorprendentemente el tribunal determinó que el hecho de que la obligación de pago en virtud del contrato de garantía, debía llevarse a cabo en Inglaterra, y el hecho de que el lugar de entrega de las mercancías en el contrato principal de distribución que dio origen a la garantía fuera también Inglaterra, eran elementos suficientemente fuertes para descartar la elección de Ley mediante la presunción del 4.2 CR, que en este caso, llevaba a aplicar la Ley de Egipto. Por esta razón el tribunal de apelación ha aplicado la Ley inglesa.

⁴⁰ U. VILLANI, "La legge applicabile in mancanza di scelta dei...", concr. p. 197.

⁴¹ *Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd* Court of Appeal (Civil Division) 21 December 2001, [2001] EWCA Civ 2019.

En el presente litigio, a pesar de que el contrato tenía vínculos con Inglaterra, el tribunal claramente debió aplicar la Ley de Egipto, pues era el lugar de la sede del prestador característico, que para el caso concreto era el garante de la obligación⁴².

Esta decisión tomó por sorpresa incluso a la doctrina de los países que defendían las presunciones débiles⁴³, puesto que estaba claro que el tribunal dio un mayor peso al país donde se llevó a cabo la prestación característica⁴⁴, en detrimento de lo establecido por el CR en la presunción: “el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga”⁴⁵. No parece entonces que sea fruto de la casualidad que en la mayoría de los casos la Ley considerada más estrechamente relacionada con el contrato sea la Ley del foro, como también puede verse en *Kenburn Waste Management Ltd v Bergmann Court of Appeal*⁴⁶.

Pero no solamente los jueces ingleses sostuvieron esta interpretación, también podemos encontrar decisiones judiciales de otros jueces de los Estados parte⁴⁷. Un tribunal francés descartó la aplicación de las presunciones por considerar que el contrato tenía vínculos más estrechos con otro país, pues en el contrato se había pactado que el pago se realizaría en moneda francesa, y los efectos del contrato recaían directamente en Francia⁴⁸.

⁴² Court of Appeal, Civil division, December 212001, *Samcrete Egypt Engineers v. Land Rover Expor*, Vid. A. MOURRE/ Y. AHOU, “Chronicle of Private International Law applied to business”, *De Droit des affaires internationales*, No 6, 2003, version online.

⁴³ “This is a surprising conclusion, even if a weak presumption theory is adopted” Vid. J. HILL, “Choice of Law in Contract under the Rome Convention...”, *concr.* p. 341.

⁴⁴ En posición contraria una sentencia de la Corte de Casación Francesa le dio la razón al Tribunal de apelación, estableciendo que debía aplicarse la ley del lugar de la residencia habitual del prestador característico (Países Bajos), y no la ley del lugar donde la prestación debía cumplirse (Francia); Cass. Com., October 19, 2010, *Société JFA Chantier naval v. Société Kerstholt VOF*. Vid. Y. AHOU/ M. NIOCHE, “Chronicle of Private International Law applied to business”, *De Droit des affaires internationales*, n° 3, 2010, pp. 321-341, *concr.* p. 321.

⁴⁵ Artículo 4.2 Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Diario Oficial n° C 027 de 26/01/1998 p. 0034 - 0046

⁴⁶ *Kenburn Waste Management Ltd v Bergmann Court of Appeal (Civil Division)* 30 January 2002 [2002] EWCA Civ 98

⁴⁷ El Tribunal de Udine mantuvo esta postura en una decisión sobre un contrato de excavación de un túnel, celebrado entre una empresa Italiana y una autoridad local de Austria. El tribunal, al analizar la prestación característica del contrato para determinar la ley aplicable, expuso que la presunción establecida en el art 4.2 CR (residencia habitual del prestador característico) podía ser refutada, y cambiada por la ley del país que estuviese más estrechamente conectado con el contrato. Por esta razón determinó que la ley aplicable al caso era la ley austriaca. Tribunale di Udine, 2 August 2002, *Ravaneli v. HTB*; Vid. A. MOURRE / Y. AHOU, “Chronicle of Private International Law applied to business”, *De Droit des affaires internationales*, No 6, 2004, version online.

⁴⁸ Versailles Court of appeal, 12th ch., 2 nd sect., 16 September 2004, *SARL Ecco France v . SARL Ecco France Diffusion*: una empresa holandesa compró a una empresa danesa la totalidad de las acciones de una filial de distribución ésta tenía en Francia, pactando además que el vendedor danés continuaría la relación comercial con su antigua filial. Posteriormente la empresa danesa terminó la relación comercial con dicha filial, y creó una nueva empresa para la distribución en Francia. El comprador holandés y su filial interpusieron demanda por incumplimiento contractual. El tribunal descartó la aplicación de la ley de la residencia habitual del prestador característico, y determinó que existía un país más conectado con el contrato –Francia-. Para llegar a esta conclusión, se basó en que el precio de la compraventa se realizó en

Al mismo tiempo en que un sector de la jurisprudencia mantenía la teoría de las presunciones débiles, otros tribunales habían criticado la aplicación excesiva de la cláusula de escape del Art 4.5 CR, y habían concebido una jurisprudencia que radicalmente defendía la aplicación de las presunciones y establecía su carácter excepcional. Dicha postura obtuvo pronta respuesta en la sentencia *ICF v Balkenende Oosthuizen BV*. En este caso se estableció que no se debía restringir la utilización de la cláusula de escape únicamente a los casos donde el criterio de conexión indicado por las presunciones, no tuviera un genuino valor de conexión⁴⁹.

Muchas críticas recibió el modelo de presunciones débiles, pues se consideraba que atentaba gravemente contra la seguridad jurídica al permitir un amplio margen de discrecionalidad al juez en la determinación de la Ley aplicable, quien podía descartar sin restricciones la Ley establecida mediante las presunciones⁵⁰. Al debilitarse el valor de las presunciones, se abrió la puerta a una anulación automática de la norma general, la cual fue utilizada por muchos tribunales para forzar la designación de la Ley del foro, lo que desembocó en la inseguridad jurídica abundantemente conocida⁵¹.

2. Modelo de presunciones fuertes (*strong model*).

El modelo de presunciones fuertes consideraba que las presunciones del Art. 4 CR solo podían ser desatendidas en casos excepcionales. La versión más extrema de este modelo planteaba que el tribunal no podía desplazar la Ley elegida mediante las presunciones, a menos que dicha Ley no tuviera “un significado real como factor de conexión”⁵². Por lo tanto, la Ley del país designada mediante las presunciones debía aplicarse siempre y directamente, y tan solo excepcionalmente podría ser desplazada por el Art. 4.5 CR.

Se trataba de que la aplicación de la regla basada en los vínculos más estrechos (Art 4.5CR), debía ser relegada a un segundo plano de importancia, en beneficio de la

la moneda francesa, los efectos de la transferencia se encontraban en Francia donde la filial llevaba a cabo la distribución, independientemente de que las partes tuviesen domicilio en el extranjero. Vid. A. MOURRE/ Y. AHO, “Chronicle of Private International Law applied to business”, *De Droit des affaires internationals*, No 6, 2003, version online.

⁴⁹ Vid. J.HILL / A.CHONG, *International commercial disputes*, IV ed., Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 521

⁵⁰ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, " Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 10, 2008, pp. 199-219, conc. p. 203

⁵¹ E. LEIN, "The New Rome I/Rome II/ Brussels Synergy", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 10, 2008, pp. 177-198, conc. p.185

⁵² La concepción extrema del modelo de presunciones fuertes fue propuesto por el Tribunal Supremo de los Países Bajos en la sentencia: *Société Nouvelle des Papeteries de l'Aa v Machinefabriek BOA*, Hoge Raad, 25 de Septiembre 1992; Sobre este aspecto pueden verse: R. FENTIMAN, *International commercial litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 187; S. ATRILL, "Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of the Article 4 Jigsaw?" *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, No. 3 (Jul., 2004), pp. 549-577, conc. p. 551; J. HILL, "Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, No. 2 (Apr., 2004), pp. 325-350, conc. p. 339.

presunción⁵³, pues el Art 4 tenía la intención de otorgar un especial significado a la residencia habitual o en su caso a la administración central de la parte que llevaba a cabo la prestación característica, como expresión máxima de la fuerte vinculación de un país con el contrato⁵⁴.

Esta interpretación podía ser vista desde dos ópticas⁵⁵: la primera entendía que el Art 4 contenía presunciones *iuris tantum* que debían imperiosamente aplicarse a menos que se aportase prueba en contrario⁵⁶. Por lo tanto, el juez debía ubicar la Ley del contrato mediante las presunciones, y si alguna de las partes entendiera que los vínculos más estrechos de la relación jurídica residían en otro país, obligatoriamente debería probarlo⁵⁷. Se interpretaba de esta forma que el apartado 5 del Art 4 CR ostentaba una posición “subordinada” respecto de las presunciones, y este papel secundario solo se tornaría en principal, cuando alguna o todas las partes le probaran al juez de la causa, que las presunciones no habían cumplido con el rol de establecer la Ley de mayor vinculación con el contrato, y que por este motivo, debía acudirse a la regla de los vínculos más estrechos para subsanar dicha circunstancia.

Por lo tanto, la aplicación del Art. 4.1 y 4.5 debía limitarse a casos específicos y excepcionales⁵⁸, como cuando el contrato no tuviera un prestador característico, o cuando a pesar de tenerlo, la elección de su Ley resultara “inapropiada”⁵⁹, o cuando de los hechos no se pudiera deducir el establecimiento donde la presunción había de ser cumplida⁶⁰.

⁵³ No se pueden ignorar las críticas a esta tendencia: “...deben descartarse las tesis holandesas que atribuyen a las presunciones, en particular, a la presunción de la prestación característica, un papel principal”. C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas de Derecho Internacional privado de la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 209.

⁵⁴ Vid. *Caledonia Subsea Ltd v Micropereri Srl* No 4 First Division 12 July 2002 2003 S.C. 70 Lord Hamilton 12 July 2002.

⁵⁵ Siguiendo la exposición que hace CARRILLO POZO: L.F.CARRILLO POZO, *El contrato internacional: La prestación característica*, Real Colegio de España, Bolonia, 1994, p. 77.

⁵⁶ Como también lo reconoce la sentencia de la Corte Di Cassazione (s.u.), ordenanza 27 febbraio 2008 n. 5091.

⁵⁷ En contra de esta postura el propio Carrillo Pozo expone: “Afirmar que hay que aplicar la ley designada por la presunción del párrafo segundo salvo prueba en contra de aquella parte a quien interese la aplicación de otra ley con vínculos más estrechos o que puede el juez apartarse de sus conclusiones sólo en casos excepcionales (aún no se sabe cuáles son éstos) no es más que modificar la naturaleza de la presunción, que llegaría a absorber a la norma de conflicto”. L.F. CARRILLO POZO, “Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis través de la jurisprudencia”, *Revista del Poder judicial*, nº 74, parte Estudios, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 11-46, concr. p. 15; en el mismo sentido “el Artículo 4.5 del CR no exige, para su aplicación, que sean las partes las que aporten la prueba en contrario de que la ley designada por las presunciones no es la que tienen los vínculos más estrechos. En realidad, son los jueces los que tienen la responsabilidad última de realizar esta comprobación...” C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial. Problemas de Derecho Internacional privado de la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 212.

⁵⁸ Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del convenio de roma de 1980”, *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, la ley, 1995, p. 1-7, versión *on line*.

⁵⁹ E. PÉREZ VERA et al, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II. Madrid, Colex, 2001, p. 308.

⁶⁰ Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980”, en A. L. CALVO CARAVACA /L.

La segunda visión de este modelo consideraba que las presunciones debían aplicarse “*prima facie*”, y que de no ser posible la determinación de la Ley aplicable mediante éstas, se acudiría al principio general de los vínculos más estrechos de forma directa, sin imponer a las partes la carga de probar la conexión más estrecha con otro país. De esta forma, no se limitaba el poder discrecional del juez para decidir si eran aplicables o no las presunciones, o si debía acudirse a la regla de los vínculos más estrechos.

El modelo de presunciones “fuertes” era apoyado en virtud de que incrementaba la seguridad jurídica, pues en lugar de valorar los factores de conexión en cada particular caso, los tribunales podían disponer de una serie de opciones para aplicar la presunción, lo que indudablemente beneficiaba a las partes del contrato, puesto que existía una jurisprudencia más unificada, permitiendo así, una mayor y efectiva planificación comercial⁶¹. Asimismo, este modelo encuadraba perfectamente con el sistema establecido en el Art. 4 CR, y con el objetivo de sus redactores⁶², donde la regla general de los vínculos más estrechos se encontraba limitada por las presunciones, que adicionalmente, cumplían la labor de concretar y objetivizar dicho principio general, que por sí solo, era considerado como “demasiado vago”⁶³.

De la misma forma, la teoría de las presunciones fuertes recibió muchas críticas, las más importante exponían que dicha interpretación convertía el Art. 4 en una disposición totalmente rígida y poco apta para dar solución al conflicto de leyes en un comercio internacional en constante evolución.

FERNANDEZ DE LA GÁNDARA (DIRS), *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-143, concr. p. 90; M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", DOCE, núm.327 de 11 diciembre 1992; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del convenio de roma de 1980", *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, la ley, 1995, pp. 1-7, Edición on line; E. PÉREZ VERA et al, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II. Madrid, Colex, 2001, p. 308; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la Stream-Of-Commerce", en A.L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-120, concr. p. 36; A. MARIN LOPEZ, at el, *Derecho Internacional Privado Español*, vol. II, 7ª ed., Granada, Granada, 1991, p. 341; G. PALAO MORENO, at el, *Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 152; D. MARTINY, "The applicable law to contracts in the absence of choice (Art. 4 Rome Convention)-Old Problems and new dilemmas", en A.L. CALVO CARAVACA. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Estudios sobre contratación Internacional*, Colex, 2006, Madrid, pp. 11-26, concr. p. 14.

⁶¹ S. ATRILL, "Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of the Article 4 Jigsaw?", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, No. 3 (Jul., 2004), pp. 549-577, concr. p. 552.

⁶² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la Stream-Of-Commerce", en A.L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-120.

⁶³ "Further, it gives specific form and objectivity to the concept of 'closest connection' which by some was considered as too vague" P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 10, 2008, pp. 199-219, concr. p. 204; en el mismo sentido vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, "El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: Balance y perspectivas de futuro", en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 497-534, concr. p. 518.

Esta corriente fue seguida por muchos tribunales de los países de la UE como Escocia, Bélgica, Alemania, pero quien realmente abanderó dicha interpretación fueron los tribunales de los Países Bajos⁶⁴. Tales tribunales sostenían que: “solo serán desplazadas las disposiciones generales del Art. 4 CR, si éstas identifican una Ley carente de cualquier conexión significativa con el contrato”.

Esta interpretación fue mantenida a partir de la sentencia: *Société Nouvelle des Papéteries v. BV Machinenfabriek BOA*⁶⁵. Se trataba de un contrato de compraventa de una maquinaria celebrado entre un comprador con residencia en Francia y un vendedor con residencia en Los Países Bajos. En este caso se aplicó la residencia habitual del prestador característico (la Ley de los Países Bajos) a pesar de que los demás factores de conexión del contrato se encontraban en Francia, tales como la moneda, el lugar de negociación, la lengua del contrato, y el lugar de ejecución del contrato⁶⁶.

La posición del tribunal escocés en *Caledonia Subsea Ltd v. Microperi Srl*, nos muestra otro claro ejemplo del modelo de presunciones fuertes. Se trataba de un contrato para la prestación de servicios de buceo en relación con un proyecto que se desarrollaba en aguas egipcias, entre una compañía escocesa -prestadora del servicio- y una contratista italiana. La compañía escocesa demandó ante un tribunal de su país a la compañía italiana, con el fin de obtener el pago de unas sumas de dinero adeudadas. El tribunal a fin de establecer la Ley aplicable al contrato basado en el Art. 4.2 CR, analizó que la prestación característica del contrato la llevó a cabo la empresa escocesa, y como la administración central de la compañía era la ciudad de Aberdeen Escocia, determinó que la Ley escocesa regularía el contrato.

La demandada compañía italiana, expuso su posición respecto del papel de las presunciones al interior del Art. 4 CR, manifestando que eran presunciones débiles, que solo entraban en juego cuando en las circunstancias del caso concreto, dos Leyes presentaban un igual balance, sirviendo entonces como punto de desempate⁶⁷.

A pesar de la clara posición del demandado favoreciendo la teoría de las presunciones débiles, el tribunal quiso conferirle un importante rol a las presunciones, al establecer que éstas “no podrán ser ignoradas a menos que el resultado del ejercicio comparativo

⁶⁴ O. LANDO/P.A. NIELSEN, "The Rome I Regulation", *Common Market Law Review*, n° 45, 2008, pp. 1687-1725, conr. p. 1701

⁶⁵ *Société Nouvelle des Papéteries v. BV Machinenfabriek BOA*, Hoge Raad der Nederlanden de 25 de septiembre de 1992; Vid. R.FENTIMAN, "Choice of law in Europe: Uniformity and Integration", *Tulane Law Review*, Vol. 82, Issue 5 (May 2008), pp. 2021-2052, conr. p. 2047

⁶⁶ Un análisis de esta sentencia puede verse en: L. F. CARRILLO POZO, "Rigor Mortis. (La ley al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980)," en M. DI FILIPO, at. El. (Coord.) *Hacia un Derecho Conflictual europeo: Realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2008, pp. 11-42, conr. p. 23.

⁶⁷ "...that the presumption was only a weak one and that it came into play only where the circumstances of the case were in the judgment of the court equally balanced as between one law and another. That is to say, the presumption was to be used in effect as a tie-breaker." Vid. Posición del demandado en : *Caledonia Subsea Ltd v Microperi Srl* No 4 First Division 12 July 2002 2003 S.C. 70 Lord Hamilton 12 July 2002.

referido en el párrafo 5 del Art 4 CR demuestre una clara preponderancia de los factores de conexión a favor de otro país”. Por este motivo el tribunal rechazó el argumento presentado por la defensa, y definió que la Ley aplicable era la designada por las presunciones.

Muchas otras sentencias tomaron la teoría de las presunciones fuertes para determinar la Ley del contrato, por lo tanto, el juez acudió directamente a las presunciones sin analizar previamente la teoría de los vínculos más estrechos, y solo las descartó cuando concurrieron circunstancias realmente excepcionales.

Este planteamiento puede verse reflejado en la SAP, Barcelona, de 21 de marzo de 2003⁶⁸, SJM N° 1 Bilbao, de 31 de octubre de 2007⁶⁹, SJPI, San Cristóbal de la Laguna, de 23 de octubre de 2007, SAP, Murcia, de 18 de junio de 2001⁷⁰, Ennstone building products v. Stranger⁷¹.

La AP de Murcia no aceptó la interpretación del apelante quien pretendía aplicar el principio de los vínculos más estrechos para elegir la Ley del contrato sin tener en consideración las presunciones. La Audiencia Provincial expuso en su sentencia:

“Entrando ya en el fondo del recurso, debe señalarse que alega la parte apelante, en primer lugar, que el Derecho sustantivo aplicable no es el irlandés, sino el español, invocando, a tal efecto, el artículo 4.1 del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1.980, y afirmando que el contrato presenta una vinculación más estrecha con España que con Irlanda. Pero tal motivo de recurso no puede prosperar, toda vez que en el artículo 4.2. del mismo Convenio se señala expresamente que se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga...”⁷².

⁶⁸ Contrato de compraventa internacional de mercaderías en donde el juez aplicó las presunciones para escoger la *lex contractus*, concretamente el Art. 4.2 CR.

⁶⁹ Contrato de transporte de mercancías entre una empresa con domicilio en Londres y la transportadora domiciliada en Portugal. La empresa de Londres demandó por deterioro en la mercancía, y se discutía el término de prescripción de la obligación. El juez analizó el CR art 4, buscó la prestación característica de la obligación para determinar la *lex contractus*.

⁷⁰ La SAP Murcia aplicó la teoría de las presunciones fuertes en esta sentencia expresando que: "habrá de determinarse dicha ley a tenor de las presunciones contenidas en los apartados 2,3, y 4 del artículo 4 del Convenio de Roma, que conllevan de modo evidente a la aplicación, en los contratos de compraventa internacional, de la ley del país donde reside habitualmente el vendedor, y que en este caso, es la ley española", SAP, Murcia, de 18 de junio de 2001.

⁷¹ Court of Appeal, Civil division, June 28, 2002, Ennstone building products v. Stranger, La Corte de apelación inglesa se negó a aplicar la cláusula de escape del artículo 4.5 CR, puesto que la parte no logró probar que la ley de Escocia, donde el contrato debía cumplirse, estaba más estrechamente vinculada con el contrato que la ley de Inglaterra, donde el deudor de la obligación característica residía.

⁷² SAP, Murcia, de 18 de marzo de 2010; una compraventa internacional (pescado Arenque) con vendedor irlandés y comprador español, donde se presentó un incumplimiento de la obligación de pago. Se discutía que el Derecho aplicable era el irlandés, pues el apelante consideraba que el contrato presentaba vínculos más estrechos con España. El Tribunal expuso que debía basarse en el 4.2 CR donde reconoció que la prestación característica era la entrega de la mercancía, por lo que concluyó que el Derecho aplicable era el de Irlanda, lugar de residencia habitual del vendedor.

De la misma forma, una sentencia francesa reconoció la fortaleza de las presunciones, descartando la designación de la Ley del contrato que había hecho el tribunal de instancia basado en los vínculos más estrechos⁷³. En este caso en donde un comprador de nacionalidad francesa interpuso demanda por incumplimiento de contrato al perderse unas mercancías durante su transporte, en contra de una compañía alemana encargada del transporte de una parte de la mercancía. El tribunal desaprobó lo establecido por el juez de instancia quien había desplazado la Ley designada mediante las presunciones, decidiendo que la Ley aplicable era la francesa, por la sola razón de que parte del transporte y la entrega se habían producido en Francia. La Corte otorgó prioridad a las presunciones del Art. 4 CR para elegir la *lex contractus*, y aplicó la Ley alemana lugar donde el prestador característico tenía su administración central.

La teoría de las presunciones fuertes y la teoría de las presunciones débiles polarizaron el análisis de la cláusula de escape del Art. 4.5 CR, generando no solamente una interpretación dispar de la disposición, sino verdadera inseguridad jurídica, ya en muchas ocasiones, que el juez se inclinaba por alguna de ellas, únicamente con el objetivo de aplicar su propia Ley al contrato, y asimismo, los contratantes se decantaban por una u otra interpretación, de acuerdo a su conveniencia.

Esta circunstancia requería una decisión del TJUE. Dicha decisión finalmente llegó en el caso *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen y otros*.

3. Caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen y otros⁷⁴.

El debate jurídico en torno a la aplicación flexible o rígida de la cláusula de escape del CR mantenido durante años por parte de los estudiosos del Derecho, así como las contradictorias decisiones de los órganos judiciales nacionales, requería de un pronunciamiento del TJUE estableciendo la correcta interpretación de la cláusula de escape del Art. 4.5 CR⁷⁵.

El pronunciamiento finalmente llegó el 6 de octubre de 2009, tal vez demasiado tarde para unificar los criterios de una disposición que requería una pronta interpretación debido a su complejidad. Sin embargo, al igual que el propio objeto debatido, la solución estuvo rodeada de polémica.

Es importante destacar, que el TJUE no pudo interpretar oportunamente las disposiciones del CR, debido a que los dos protocolos firmados el 19 de diciembre de

⁷³ Cass. Com., 19 December 2006, *Danzas v. Tapiola*, Vid. A. MOURRE/ Y. AHO, "Chronicle of Private International Law applied to business", *De Droit des affaires internationales*, No 4, 2007, version online.

⁷⁴ TJCE (Gran Sala), sentencia de 6 octubre 2009. Caso *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen y otros*.

⁷⁵ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto *Intercontainer Interfrigo* y su repercusión en el Reglamento Roma I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 302-315, concr. p. 312.

1988 para que el TJUE tuviera competencia para interpretar el Convenio, tan solo entraron en vigor el 1 de agosto de 2004⁷⁶.

A) Litigio principal y cuestiones prejudiciales.

Se trataba de un litigio por reclamación de pago en un contrato de fletamento -donde no existió contrato escrito- entre una empresa belga y unas sociedades de los Países Bajos, para el transporte de mercancías entre Ámsterdam y Frankfort por conexión ferroviaria.

La empresa belga presentó demanda de primera instancia por reclamación de pago ante un tribunal de los Países Bajos, considerando que el Derecho aplicable era el ordenamiento jurídico de Bélgica. Por su parte las empresas demandadas alegaron la prescripción de la obligación basadas en el Derecho de los Países Bajos. El tribunal acogió la postura de las empresas demandadas determinando que el Derecho aplicable a la situación jurídica sería el de los Países Bajos, y declaró la inadmisibilidad de la demanda por prescripción de la obligación. Esta tesis fue confirmada por el tribunal de segunda instancia.

El demandante había sostenido que el litigio no se trataba de un contrato de transporte, y por este motivo, la elección del Derecho aplicable no debía hacerse mediante el Art 4.4 CR, sino bajo la presunción general del 4.2 CR. Las dos decisiones judiciales reconocieron que en este caso si había contrato de transporte, pero determinaron el Derecho aplicable acudiendo al principio de los vínculos más estrechos, en perjuicio de la presunción contenida en el Art. 4.4 CR, y definieron que los Países Bajos tenían una mayor conexión con el contrato. De todas formas, los tribunales aclararon que así fuese de aplicación el Art. 4.2 CR, dicha norma tendría que descartarse acudiendo al Art. 4.5 CR, pues para ellos, era claro que el contrato presentaba lazos más fuertes con Los Países Bajos.

Se interpuso recurso de casación alegando error en la calificación del contrato y error en la aplicación del Art. 4.5 CR, pues en palabras del demandante: “únicamente puede recurrirse a la mencionada posibilidad cuando del conjunto de circunstancias resulta que el lugar en el que está establecida la parte que debe realizar la prestación característica carece de verdadero valor de conexión...” circunstancia que no se presentaron en este caso, según el demandante.

⁷⁶ El primer protocolo atribuía competencia de interpretación al TJUE y organizaba el procedimiento para la remisión prejudicial, el segundo declaraba que el TJUE tenía competencia en virtud del primer protocolo. Los protocolos fueron firmados el 19 de diciembre de 1988 en Bruselas pero tan solo entraron en vigor el 1 de agosto de 2004, cuando Bélgica realizó la última ratificación mediante la ley del 25 de Abril de 2004. *Vid.* F. RIGAUX/M. FALLON, *Droit international privé*, 3ªed., De Boeck & Larcier, Bruxelles, 2005, p. 794. Mediante estos protocolos el TJCE ha interpretado el CR en dos oportunidades: TJCE (Gran Sala), sentencia de 15 marzo 2011. Caso Heiko Koelzsch contra Duché de Luxembourg 8 de octubre de 2004) y TJCE (Gran Sala), sentencia de 6 octubre 2009. Caso Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v Balkenende Oosthuizen y otros.

El Hoge Raad der Nederlanden decidió suspender el proceso y planteó al TJUE cinco cuestiones prejudiciales sobre el caso, donde tan solo la número cinco corresponde al tema que estudiamos, y reza de la siguiente manera:

“¿Debe interpretarse la excepción contenida en el artículo 4, apartado 5, segunda frase, del Convenio [...] en el sentido de que las presunciones a que se refieren los apartados 2 a 4 del mismo artículo únicamente no se aplican cuando del conjunto de las circunstancias resulte que los criterios de vinculación que establecen no constituyen vínculos reales, o, por el contrario, también cuando de ellas resulte que existe un vínculo preponderante con otro país?”.

B) Respuesta del Tribunal.

El TJUE hace un análisis del artículo 4 CR y reconoce que su objetivo principal es aplicarle al contrato aquella Ley que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica. Paso seguido expone que su aplicación deberá seguir las siguientes etapas: en primer lugar, el juez debe “determinar la Ley aplicable basándose siempre en las” presunciones. En segundo término, el Tribunal establece que sí es posible descartar la aplicación de las presunciones cuando el contrato presente lazos más estrechos con un país distinto al previamente designado mediante éstas. Y por último, instituye que “incumbirá al juez descartar tales criterios y aplicar la Ley del país con el que dicho contrato presente los lazos más estrechos”.

En resumen, el juez en cada caso concreto analizará si existe un país con el cual el contrato presente los vínculos más estrechos, y de ser así, el TJUE le ha otorgado toda la autonomía para descartar la elección hecha mediante las presunciones y aplicar esa nueva Ley.

C) Consideraciones.

Esta sentencia presenta gran importancia pues inclina la balanza hacia una de las dos tradicionales tendencias de la relación del Art. 4.2 y 4.5 CR. Recordemos que para el Tribunal una opción era considerar que las presunciones del Art. 4 CR solo podían ser inaplicadas si la Ley designada no constituía un genuino valor de conexión (concepción fuerte). Asimismo, el Tribunal podía decantarse por la visión que establecía que las presunciones podrían ser desatendidas, incluso, si éstas identificaban un genuino valor de conexión, y solo se requería que la otra Ley tuviera una mayor conexión con el país (concepción débil). Pues bien, el TJUE se ha decantado por la segunda visión, es decir, la que le otorga un valor débil a las presunciones, indicándole al juez que debe aplicar la Ley del país que tenga los vínculos más estrechos con el contrato “en todos los casos”⁷⁷.

El TJUE ha tomado esta decisión en total contravía de la opinión del Abogado General, quien consideraba que “por razones que tienen que ver con el respeto del principio de

⁷⁷ R. FENTIMAN, *International commercial litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 222.

seguridad jurídica, y con el fin de garantizar el objetivo de previsibilidad al que tiende el Convenio de Roma, procede aplicar el artículo 4, apartado 5, de este Convenio en la medida en que quede demostrado que las presunciones establecidas en el artículo 4, apartados 2 a 4, de dicho Convenio no reflejan la vinculación real del contrato con la localización así determinada”⁷⁸.

Es decir, el Abogado General estima que las presunciones solo han de ser descartadas en circunstancias excepcionales, y cuando quede plenamente demostrada la ineficiencia de las presunciones en la designación de una Ley realmente vinculada al negocio jurídico, pues de lo contrario, habrá que acudir siempre a la regla general, ya que de no hacerlo, se propiciaría la inseguridad jurídica que el propio Convenio quiso evitar. Efectivamente, el Abogado General entiende que las presunciones del Art. 4 CR son presunciones simples que el juez puede descartar, pero aclara, que dicho descarte solo puede hacerse si el juez “considera que la Ley del país así designada no tiene vínculos reales con el contrato”⁷⁹.

En suma, a pesar de la clara posición del Abogado General, el TJUE en esta sentencia ha favorecido la posición contraria, sin hacer ninguna referencia a los objetivos de certeza y uniformidad que son inherentes a esta norma Convencional⁸⁰.

La decisión del TJUE descartando el modelo de presunciones fuertes en favor de una concepción flexible o caso a caso, no deja de ser sorprendente⁸¹. Justamente el amplio poder discrecional del juez para valorar el principio de los vínculos más estrechos en el Art. 4.5 CR descartando de manera generalizada las presunciones, motivó el drástico cambio del Art. 4 en el RRI. Por esta razón, no se entiende que el pronunciamiento del Tribunal otorgue este poder discrecional sin ninguna clase de limitación, pues al momento de proferir su decisión los problemas del Art. 4.5 CR eran ampliamente conocidos. Y es que el hecho de reconocer el carácter flexible de las presunciones en beneficio del principio de los vínculos más estrechos, no hace más que propiciar incertidumbre en el comerciante internacional, pues no cuenta con una norma de conflicto que pueda ser previamente conocida, y que permita adaptar su comportamiento jurídico a sus directrices.

La decisión del Tribunal desconoce el carácter excepcional de esta cláusula, pues no limita la valoración que debe hacer el juez a la hora de establecer la Ley del contrato. Con esta “patente de corso” los jueces de los Estados parte seguirán descartando la Ley

⁷⁸ Conclusiones del abogado general SR. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

⁷⁹ Conclusiones del abogado general SR. Yves Bot presentadas el 19 de mayo de 2009 1(1) Asunto C-133/08 Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen BV MIC Operations BV.

⁸⁰ R. FENTIMAN, *International commercial litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 187.

⁸¹ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto Intercontainer Interfrigo y su repercusión en el Reglamento Roma I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 302-315, conctr. p. 308; En opinión contraria la doctrina jurídica Inglesa ha recibido esta sentencia de la mejor manera, pues está acorde a la posición mayoritaria de sus Tribunales. "The conclusion of the Court of Justice in ICF is to welcomed" R. FENTIMAN, *International commercial litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 222.

designada mediante las presunciones a su arbitrio, lo que convertirá al Art. 4.5 CR en la norma general y a las presunciones en la excepción, pues recordemos que aunque el CR fue reemplazado por el RRI seguirá siendo aplicado en circunstancias muy puntuales.

Ya empiezan a aparecer sentencias que aplican el criterio del TJUE: *British Arab Commercial Bank Plc v Bank of Communications*⁸².

IV. LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN EN EL REGLAMENTO ROMA I.

1. La cláusula de excepción en la propuesta de Reglamento Roma I.

En la propuesta de RRI no se incluía la cláusula de escape del CR. El apartado segundo del Art 4 contenía la prestación característica como punto de conexión para determinar la Ley aplicable a los contratos distintos a los relacionados en el apartado primero, y la regla de los vínculos más estrechos para los eventos en que no pudiese determinarse la prestación característica del contrato⁸³.

Esta ausencia se justificaba principalmente por los ya conocidos problemas del Art 4.5 CR. Por este motivo, se quiso robustecer el Art. 4 con una mayor seguridad jurídica al no permitir el desplazamiento de la Ley aplicable designada mediante sus apartados 1 o 2. En efecto, lo que la propuesta de RRI pretendía evitar, justamente era que las nuevas reglas fijas que identificaban de manera directa la Ley aplicable al contrato, resultaran siendo –por la incorporación de la cláusula de escape– unas normas indeterminadas⁸⁴. Con este cambio, la Comisión entendía que se ganaba en seguridad jurídica sobre la base de que, en todo caso, las partes podrían elegir de común acuerdo la Ley aplicable a su contrato si lo consideraban apropiado⁸⁵.

Sin embargo, la consecuencia de esta modificación derivaba en una norma totalmente inflexible, lo que generó muchas críticas, puesto que la sola autonomía de parte para elegir la Ley del contrato –en sí misma– no era una solución real para los casos complejos⁸⁶. Por este motivo, se debatió al interior de la Comisión la necesidad de que la disposición otorgara un cierto grado de flexibilidad que le permitiera adaptarse a las cambiantes relaciones jurídicas internacionales, pero que al mismo tiempo, estableciera unos límites concretos que le permitiera evitar los problemas del CR. Finalmente, se

⁸² *British Arab Commercial Bank Plc v Bank of Communications* Queen's Bench Division (Commercial Court) 17 February 2011, [2011] EWHC 281 (Comm).

⁸³ El apartado segundo del Art. 4 de la Propuesta de RRI, rezaba de la siguiente manera: “Los contratos no comprendidos en el apartado 1 se regirán por la ley del país en que la parte que debe proporcionar la prestación característica tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato. Cuando la prestación característica no pueda determinarse, el contrato se regirá por la ley del país con quien presente los vínculos más estrechos”.

⁸⁴ J.HILL/A.CHONG, *International commercial disputes*, IV ed., Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 529.

⁸⁵ D. SOLOMON, "The international law of contracts in Europe: Advances and Retreats", *Tulane Law Review*, Vol. 82, Issue 5 (May 2008), pp. 1709-1740, concur. p. 1721.

⁸⁶ Vid. J.J FAWCETT/J.M. CARRUTHERS/ P.NORTH, *Private International Law*, 14 ed, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 724.

llegó a la conclusión que la “certeza y previsibilidad” necesarias en una norma de conflicto, podían ser salvaguardadas mediante la inclusión de una cláusula de escape restringida, esto es, una verdadera cláusula de excepción⁸⁷. Por tal motivo, se aprobó su inclusión al interior del Art. 4 RRI, pero con una redacción mucho más limitada que la contenida en el Convenio.

2. El Art. 4.3 del Reglamento Roma I.

Para llegar al momento de analizar la utilización de la cláusula de excepción, el operador jurídico ha tenido que considerar tres aspectos en escala para identificar la Ley aplicable al contrato, los cuales se van descartando mutuamente.

En primer lugar, ha analizado si las partes han hecho una elección efectiva de la Ley aplicable a su contrato (Art. 3 RRI). Si no es así, en segundo término, ha analizado si el contrato en cuestión pertenece a la lista de los ocho contratos fijos del Art. 4.1. RRI. De no poder encajarse el contrato dentro de estos ocho, o cuando el negocio jurídico se conforma por elementos de varios de estos contratos, un tercer escalón debe avanzarse para buscar la Ley aplicable, y no es otro que identificar el prestador característico del contrato, pues la Ley de su residencia habitual será la que rijan los destinos de la obligación (Art. 4.2 RRI).

El RRI tiene la intención de que a la mayoría de contratos internacionales se les determine la Ley aplicable bajo estas tres disposiciones. Sin embargo, ha estimado pertinente incluir un precepto que -blindado de un carácter excepcional- otorgue un determinado grado de flexibilidad a la elección de la Ley aplicable al contrato en ausencia de elección de parte. Es por eso, que el Art. 4.3 RRI cumple con la función de desplazar la Ley elegida bajo los artículos 4.1 o 4.2 RRI, para en su lugar, ubicar una Ley que considera más idónea para regular el contrato. Este desplazamiento se da cuando “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” del artículo 4 del RRI⁸⁸.

El objetivo principal de esta disposición consiste en conseguir que el contrato quede regulado por la Ley del país que tenga unos vínculos claros y manifiestamente más estrechos con el negocio jurídico, aunque para cumplir con este objetivo, deba desplazar la Ley previamente establecida por la norma general. De esta manera, se evita que el contrato quede regulado por una Ley que no tenga este alto grado de vinculación con el mismo, pues esto sería contrario a los intereses de las partes del contrato y del propio comercio internacional, ya que los contratantes resolverían el conflicto jurídico y cumplirían con sus obligaciones a un elevado coste⁸⁹.

⁸⁷ D. SOLOMÓN, "The international law of contracts in Europe: Advances and Retreats", *Tulane Law Review*, Vol. 82, Issue 5 (May 2008), pp. 1709-1740, conr. p. 1721.

⁸⁸ Artículo 4.3 Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

⁸⁹ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ªed., Comares, Granada, 2011, p. 712

El considerando 20 del RRI denomina al Art. 4.3 como una cláusula de escape en los siguientes términos: “Si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en el artículo 4, apartados 1 o 2, una cláusula de escape debe establecer que ha de aplicarse la Ley de ese otro país...” .

A pesar de que éste considerando establece que ésta es una cláusula de escape en clara referencia al CR, los cambios introducidos al precepto permiten entender que su uso será excepcional⁹⁰. En efecto, fuertemente inspirado por el CR y el RRII, el Art. 4.3 RRI ha introducido cambios en la redacción del precepto, donde cobra especial importancia, el hecho de que los vínculos con el contrato deben ser ahora “manifiestamente más estrechos”, y que éstos, además, deben desprenderse “claramente” de las circunstancias del caso⁹¹. Estas dos expresiones constituyen el punto clave para entender el alcance de la nueva redacción de la cláusula de excepción, por eso, se hace necesario profundizar su análisis.

A) Vínculos manifiestamente más estrechos

La adición de la palabra “manifiestamente” al artículo 4.3 RRI tiene el objetivo inequívoco de resaltar el carácter excepcional de la disposición⁹². Estas especiales circunstancias han de ser determinadas en el caso concreto por parte del tribunal, y permitirán que el uso de la cláusula de excepción se haga en casos muy claros⁹³.

Esta nueva redacción del artículo le envía una clara señal al juez de que ahora no basta con que la Ley alternativa esté simplemente mejor conectada con el contrato que aquella designada por los artículos 4.1 o 4.2 RRI⁹⁴. Recordemos que cuando el juez en el CR confrontaba la Ley establecida mediante las presunciones con la Ley sustituta, solo le bastaba que la nueva Ley tuviera un vínculo “más estrecho” con el contrato, incluso si éste fuese mínimo para inclinar la balanza a favor de dicha Ley. Pero ahora el requisito es mucho más estricto y le restringe el poder discrecional al juez, pues solo podrá

⁹⁰ E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Madrid, Comares, 2009, p. 134; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 203; en el mismo sentido Vid. U. VILLANI, “La legge applicabile in mancanza di...”, *concr.* p. 171.

⁹¹ T. RAUSCHER, *Europäisches zivilprozess- und kollisionsrecht EuZPR/EuIPR : kommentar : Rom I-VO, Rom II-VO*, Sellier, München, 2011, p. 202.

⁹² Vid. “The addition of the word manifestly more closely connected is doubtless designed to underscore the exceptional nature of this let- out”, J.J FAWCETT/J.M. CARRUTHERS/ P.NORTH, *Private International Law*, 14 ed, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 725 ; así lo plantean también: A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ªed., Comares, Granada, 2011, p. 714; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p.201; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009, p. 498.

⁹³ J.H. MORRIS, *The conflict of Law*, VII ed, Sweet & Maxwell, London, 2009, p. 371.

⁹⁴ R. FENTIMAN, *International commercial litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 221; En el mismo sentido Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ªed., Comares, Granada, 2011, p. 714.

cambiar la designación hecha por las normas generales cuando exista una poderosa vinculación del contrato con otro país.

Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país solo podrá presentarse, -como lo exponen los profesores A. CALVO/ J. CARRASCOSA- cuando la vinculación con el país designado mediante la norma general sea una “vinculación puramente formal, nominal, fugaz, anecdótica, y aparente”, pues de lo contrario, no podrá descartarse la Ley designada mediante los apartados 1 y 2 del Art. 4 RRI⁹⁵.

Esta interpretación es vital para entender el alcance de la reforma, puesto que el juez ya no tiene la facultad de descartar en todo caso la Ley designada mediante las normas generales, sino que tan solo podrá hacerlo cuando las circunstancias del contrato lleven a que las normas generales (Art. 4.1 y 4.2 RRI) identifiquen una Ley carente de todo valor real de conexión con el contrato, y esto indudablemente se presentará en casos muy puntuales.

B) Desprenderse claramente de las circunstancias del caso

El Art. 4.3 RRI exige no solo la existencia de una vinculación manifiestamente más estrecha del contrato con otro país, sino que además, ésta debe presentarse de manera clara dentro de las circunstancias que rodean el contrato. La claridad de la vinculación significa que el lazo que une el contrato con ese otro país “debe aparecer de modo natural sin esfuerzos ni construcciones intelectuales posteriores complejas”, es decir, fácilmente perceptible e inequívocamente identificable por los intervinientes en el contrato⁹⁶.

Este segundo requisito impuesto a la cláusula de excepción otorga una gran ayuda al juez que lleva el caso, pues le permite descartar fácilmente la utilización de la cláusula cuando aprecie que la vinculación del contrato con otro país no se presenta de manera notoria, esto es, cuando no se descubre de manera patente dentro del caso concreto.

Por lo tanto, la utilización de la cláusula de excepción no va a requerir un gran esfuerzo analítico que pretenda determinar si la cláusula de excepción aplica o no al caso concreto, pues si el operador jurídico no percibe dicha circunstancia con facilidad, simplemente ha de utilizar la Ley aplicable previamente designada por los apartados 1 o 2 del Art. 4 RRI.

En conclusión, el RRI pretende que la identificación de la Ley aplicable al contrato en ausencia de elección sea una operación precisa, es decir, que recorra un camino previa y estrictamente definido, incluso, cuando inevitablemente entre en juego la discrecionalidad judicial, pues como hemos visto, ahora se encuentra confinada. Esta circunstancia indudablemente repercute en la seguridad jurídica, pues el juez nacional

⁹⁵ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ªed., Comares, Granada, 2011, p. 713.

⁹⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p.202.

ya no puede activar la cláusula de excepción por tener predilección a determinada Ley material distinta a la establecida mediante los artículos 4.1 y 4.2, pues ésta cláusula no “actúa como criterio de orientación material,” y le evitará al juez, la tentación de aplicar la Ley del foro⁹⁷.

C) Prueba del vínculo manifiestamente más estrecho

El Art. 4.3 RRI no aclara el aspecto referente a la carga de la prueba del vínculo del contrato con un país diferente al señalado en los apartados 1 o 2 del Art. 4 del RRI. Sin embargo la doctrina ha establecido que dos situaciones pueden presentarse:

- a. El tribunal que lleva el caso al examinar las circunstancias del contrato toma la decisión -de oficio- de activar la cláusula de excepción del Art. 4.3 RRI, sin que ésta haya sido alegada por las partes.
- b. La parte interesada en dirimir el conflicto bajo una Ley nacional diferente, debe ofrecer dentro del proceso la prueba de que ése otro país presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el negocio jurídico⁹⁸.

La teoría que se impone es la que afirma que la parte interesada en aplicar la Ley de otro país es a quien le corresponde la carga procesal de probar la existencia del vínculo manifiestamente más estrecho. Es decir, la segunda situación⁹⁹.

Y esto porque en el RRI el juez ya no está atado a la norma general que traía el Art. 4.1 CR, esto es, que el contrato debería regirse por la Ley del país con el cual el contrato presentara los vínculos más estrechos. Por esta razón, el juez en el RRI identificará la Ley del contrato sin tener que analizar si dicha Ley es en realidad la que presenta los vínculos más estrechos con el negocio jurídico¹⁰⁰. Por tal motivo, lo razonable es el juez aplique la Ley que determine el Art. 4.1 y 4.2, a menos que una de las partes del proceso logre probar que el contrato tiene los vínculos más estrechos con otro país¹⁰¹.

En suma, el juez en la aplicación del Art. 4 RRI deberá establecer la Ley del contrato mediante los apartados 1 y 2 del precepto, y si alguna de las partes considera que existe una Ley distinta que cumple con los requisitos impuestos en la nueva redacción de la

⁹⁷ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 2009, p. 498.

⁹⁸ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ªed., Comares, Granada, 2011, p. 715.

⁹⁹ Así lo reconocen: F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable ...”, versión *on line*; A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, p. 715; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el ...*”, p. 203.

¹⁰⁰ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ªed., Comares, Granada, 2011, p. 715.

¹⁰¹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*.

cláusula de excepción, tendrá que manifestárselo al juez, y como es lógico, tendrá que probarlo. Sin embargo, si el juez llega a la conclusión de que en el caso concreto debe aplicar la cláusula de excepción descartando la previa designación de Ley, deberá adicionalmente motivarlo en su providencia¹⁰².

D) Aplicación práctica de la cláusula de excepción

Una de las grandes incógnitas que deja la transformación del CR en Reglamento de la UE, es saber si desde el punto de vista práctico, las modificaciones introducidas a la cláusula de excepción en el RRI podrán solucionar los inconvenientes que dejó la aplicación de la cláusula de escape del CR. Es cierto que la nueva redacción del precepto tiene el objetivo de dejar a un lado dichos inconvenientes, y para ello, se ha reforzado con la incorporación unos importantes requisitos que pretenden restringir el poder discrecional del juez. Sin embargo debemos preguntarnos si de acuerdo al objetivo planteado en el RRI, ¿está plenamente justificado asumir estos nuevos requisitos en el Art. 4.3?

En primer lugar, vale la pena recordar que la Propuesta de RRI traía una radical postura respecto de la conveniencia de la cláusula de escape. Dicha visión era tan extrema, que hacía una exclusión total de la disposición siguiendo a un sector doctrinal que en las respuestas al Libro Verde sobre la transformación del CR en instrumento de la UE, recomendaba tal supresión como fórmula válida para evitar el *legeforismo*.

Sin embargo –como ya anotamos- se prefirió conservar la cláusula en el entendido de que era preferible asumir nuevamente los riesgos de una cláusula de escape, a dejar enfrentados a los contratantes a una disposición carente de un mínimo grado de flexibilidad. En todo caso, el hecho de incorporar estas nuevas exigencias (que la vinculación se vislumbre con “claridad” y que a su vez ésta sea “manifiestamente” más estrecha con el contrato) supone adquirir un compromiso mucho mayor al que los tribunales venían adoptando en la aplicación del Art. 4.5 CR.

Recordemos que el objetivo primario del RRI es salvaguardar la seguridad jurídica en el espacio de la UE mediante el establecimiento de normas comunes para determinar la Ley aplicable al contrato internacional, que permitan alcanzar un alto grado de previsibilidad¹⁰³, y teniendo en cuenta que la cláusula de escape del CR se constituyó en la mayor amenaza de dicha seguridad jurídica al ser utilizada indiscriminadamente como instrumento para evadir la previa elección de Ley, motivada en muchos casos por el objetivo de aplicar la Ley del foro, la inclusión de dichos requisitos constituyen un

¹⁰² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 204.

¹⁰³ Considerando 16 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

“compromiso aceptable” que se debe asumir en virtud de conciliar la seguridad jurídica con un determinado grado de flexibilidad¹⁰⁴.

Ahora bien, se hace conveniente precisar qué representa desde el punto de vista práctico la incorporación de dichos requisitos. Parece claro que el Art. 4.3 RRI al ser robustecido con estos dos importantes requerimientos, presentará un reducido campo de acción que le circunscribe sólo a casos muy concretos. El Legislador de la UE ha transformado el importante rol que cumplía la cláusula de escape del CR, donde tenía la función de corregir la “aplicación de unas presunciones que se basaban en el principio de proximidad” cuando éstas no designaran la Ley más vinculada con el contrato¹⁰⁵. Ahora con la cláusula de excepción cuando el juez encuentre que hay una Ley más vinculada con el contrato, no podrá descartarla de plano, deberá aplicar la Ley designada mediante los apartados 1 y 2 del Art.4 RRI a menos que se compruebe claramente que existe un país con unos vínculos manifiestamente más cercanos con la relación jurídica.

Por esta razón, el más importante cambio en la aplicación práctica de la cláusula de excepción del RRI con respecto a lo llevado a cabo en el CR, es su carácter excepcional.¹⁰⁶Efectivamente, los dos requisitos impuestos a la cláusula de excepción garantizan que por norma general la Ley aplicable al contrato en defecto de elección de parte se hará aplicando los artículos 4.1 y 4.2 RRI¹⁰⁷, y solo en circunstancias puntuales y ocasionales se aplicará el Art. 4.3 RRI.

Otro aspecto que es importante destacar, y que contribuye a que el Art. 4.3 RRI sea una disposición de aplicación excepcional, lo constituye en hecho de que el Art. 4 RRI ya no contempla la norma general del apartado primero del Art. 4 CR, esto es, “el contrato se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.” Recordemos que este precepto debilitaba el valor de las presunciones, pues se consideraba que en todo caso debía prevalecer para determinar la *lex contractus*. Como el Art. 4 RRI no es gobernado de manera global por la regla de los vínculos más estrechos, ya no existirá la excusa del Art. 4.1CR para utilizar indiscriminadamente la cláusula de excepción. En el mismo sentido podemos resaltar, que el RRI ha abandonado las presunciones del Art. 4 CR y las ha reemplazado por normas rígidas. Esto podrá influir de manera directa a que el operador jurídico no pretenda desplazar fácilmente dicha elección de Ley, pues ya no se presume la Ley aplicable, sino se aplica directamente por el juez. Por último, podemos prever una aplicación excepcional del Art. 4.3RRI porque con el Art. 4 RRI se ha potenciado la rigidez normativa. Como el papel de la prestación característica no solamente ha sido reducido a una aplicación subsidiaria, sino que ha pasado de ser una

¹⁰⁴ J.J. FAWCETT/J.M. CARRUTHERS/ P.NORTH, *Private International Law*, 14 ed, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 725.

¹⁰⁵ E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Madrid, Comares, 2009, p. 135.

¹⁰⁶ Así lo reconoce la doctrina: “There are grounds for optimism that Article 4(1) and (2) of the Regulation will not commonly be displaced by Article 4(3) and that Article 4(3) will only be applied in truly exceptional cases.” Vid. J.J. FAWCETT, “A United Kingdom Perspective on the Rome I Regulation”, *concr.* p. 209.

¹⁰⁷ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª ed., Comares, Granada, 2011, p. 714

presunción para convertirse en una regla concreta, los tribunales deberán acudir mayoritariamente a soluciones rígidas, pues aplicarán las reglas del Art. 4.1 y 4.2 RRI, y esto trae un efecto psicológico en el juez, pues en palabras de J. FAWCETT, no es lo mismo descartar la aplicación de una norma rígida, que descartar la aplicación de una presunción¹⁰⁸.

Esta excepcionalidad repercute directamente en la seguridad jurídica de la UE, porque al limitar el poder discrecional del juez, se alcanza un alto grado de previsibilidad de la norma, ya que el operador jurídico no podrá desatender fácilmente la elección de Ley hecha mediante las normas generales, y de esta manera, se garantiza no solamente una mayor uniformidad interpretativa de la disposición, sino una verdadera rigidez normativa, fórmula elegida por el Legislador de la UE para solventar los problemas presentados en la implementación del CR¹⁰⁹.

No obstante, las limitaciones que se le imponen al juez en el Art. 4.3 RRI para hacer efectiva la cláusula de excepción, el juzgador sigue conservando un cierto margen de discrecionalidad, pues es quien en última instancia valorará los puntos de conexión y decidirá si en el caso concreto concurren las especiales circunstancias para dejar sin efecto la previa elección de Ley mediante los artículos 4.1 y 4.2 RRI. Esta discrecionalidad judicial puede desembocar nuevamente en una interpretación dispar de la disposición por parte del Juez nacional, pudiendo revivir los temores que presentaba la cláusula de escape en el CR. Por tal razón debemos preguntarnos ¿cómo evitar que la discrecionalidad judicial no derive en heterogeneidad interpretativa?

Podría pensarse en establecer un criterio tipo que pueda ser utilizado por los tribunales a la hora de desplazar las normas generales en beneficio de la cláusula de excepción. De esta forma, cada juez usaría los mismos criterios para utilizar o descartar la aplicación de la cláusula. Sin embargo, para algunos autores una formulación en este sentido sería “inútil” ya que se encuentra inmersa en el legítimo margen de apreciación de los jueces, y teniendo en cuenta que cada caso presenta unas características diferenciadoras, indudablemente se vería avocada al fracaso¹¹⁰.

De todas formas es importante recordar que el TJUE tiene plena competencia para interpretar el Reglamento, y como garante de la uniformidad interpretativa podrá recomponer el rumbo, si percibe que el juez nacional ha excedido su poder, garantizando así, que la cláusula de excepción cumpla el objetivo que el Legislador de la UE ha querido imponerle, y no tome el peligroso camino de la cláusula de escape del CR. Es por eso, que ahora indiscutiblemente el TJUE puede dirigir la aplicación de la cláusula de excepción, para que exista en la UE una jurisprudencia uniforme que otorgue seguridad jurídica a los intervinientes¹¹¹.

¹⁰⁸J.J. FAWCETT, “A United Kingdom Perspective on the Rome I Regulation”, conc. p. 210.

¹⁰⁹ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª ed., Comares, Granada, 2011, p. 714.

¹¹⁰ R. FENTIMAN, *International commercial litigation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 221.

¹¹¹ E. LEIN, “The New Rome I/Rome II/ Brussels Synergy”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 10, 2008, pp. 177-198, conc. p. 186.

Sin embargo, después de la posición del TJUE en el caso *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenende Oosthuizen*, muchos temores se han revivido, puesto que el tribunal ha avalado una concepción jurídica que luchaba por mantener siempre abierta la enorme puerta de la discrecionalidad judicial, donde cualquier argumento era válido para descartar la elección general de la Ley aplicable. Es cierto, el Art. 4.3 RRI tiene notables diferencias con el Art.4.5 CR, pero también es cierto que en ambas disposiciones se le reconoce un determinado margen de apreciación al juez, y es él, quien en última instancia otorgará el valor que considere a los puntos de conexión, pues de la misma forma que en el CR, el Art. 4.3 RRI no trae una indicación de cómo han de evaluarse la importancia de esos factores de conexión. Y es justamente en este aspecto, donde el artículo puede ser “peligroso”, pues podría generar una preferencia por “los vínculos más estrechos” en detrimento de las normas rígidas¹¹².

De todas formas –aún- no es momento de pánico, pues no se puede decir *a priori* que el juez al aplicar el Art. 4.3 RRI vaya a traspasar los límites que le impone el precepto, sin embargo, es probable que en el futuro se presenten un porcentaje de decisiones controvertidas, ya que no podemos olvidar que la discrecionalidad es inevitablemente enemiga de la uniformidad¹¹³.

No obstante, consideramos que este margen de heterogeneidad jurisprudencial puede ser corregido con una nueva directriz interpretativa del TJUE, que salvaguarde -ahora- las disposiciones rígidas para determinar la Ley aplicable al contrato, pues de lo contrario, inevitablemente a pesar del enorme esfuerzo, esta lucha habrá de terminar en derrota.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo al análisis realizado de la cláusula de excepción se puede concluir que dicha cláusula es hoy en día una herramienta fundamental en la identificación de la Ley aplicable a los contratos internacionales, pues corrige una elección de ley que perjudica a las partes del contrato. Adicionalmente, los cambios incorporados a la cláusula de excepción en el Art. 4.3 RRI tienen la entidad suficiente de corregir el uso abusivo y generalizado de la cláusula de escape del Art. 4.5 CR, situación ésta que beneficia la seguridad jurídica y potencia la elección rígida de la ley aplicable al contrato internacional, como fórmula válida para alcanzar un elevado nivel de previsibilidad de la norma de conflicto.

Por tal motivo, se debe considerar acertada la decisión del Legislador de la UE de conservar la cláusula de escape dentro del clausulado del RRI, en contravía de lo establecido en la Propuesta de RRI, pues esto producía una norma de conflicto excesivamente rígida; y en segundo lugar, el cambio de redacción del precepto

¹¹² R.FENTIMAN, "Choice of law in Europe: Uniformity and Integration", *Tulane Law Review*, Vol. 82, Issue 5 (May 2008), pp. 2021-2052, conr. p. 2041.

¹¹³ R.FENTIMAN, "Choice of law in Europe: Uniformity and Integration", *Tulane Law Review*, Vol. 82, Issue 5 (May 2008), pp. 2021-2052, conr. p. 2048.

incorporando unos requisitos que permitan el uso excepcional del Art. 4.3 RRI, permite solucionar los problemas del Art. 4.5 CR y garantiza una designación de la ley aplicable al contrato internacional más justa para las partes del contrato.