

# La Ley aplicable a los contratos internacionales en la historia de los conflictos de leyes

## Law applicable to international contracts in the history of the conflict of laws

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 14.12.2022 / Aceptado: 16.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7538

**Resumen:** El presente estudio persigue desvelar las claves de determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales en la historia. Desde la Antigüedad y la Alta Edad Media hasta el siglo XXI. Se analizan las conexiones como el lugar de celebración del contrato, el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, la elección de la ley aplicable, la residencia habitual del contratante que debe realizar la prestación característica y la cláusula de los vínculos más estrechos. En dicho estudio, se exponen las aportaciones de grandes juristas del Derecho internacional privado, como BARTHOLO DA SASSOFERRATO, ROCHUS CURTIUS, CHARLES DUMOULIN, F.K. VON SAVIGNY y especialmente JACOBO DE LAS LEYES. Este trabajo sostiene, contra la visión marxista de la historia del Derecho, que el progreso del Derecho internacional privado se debe a personas, con nombres y apellidos, auténticos genios del Derecho internacional privado.

**Palabras clave:** Derecho internacional privado, contratos internacionales, Edad Media, lugar de celebración del contrato, lugar de cumplimiento de las obligaciones, prestación característica, vínculos más estrechos, BARTHOLO DA SASSOFERRATO, ROCHUS CURTIUS, CHARLES DUMOULIN, F.K. VON SAVIGNY, JACOBO DE LAS LEYES.

**Abstract:** This study aims to unveil the keys of the law applicable to international contracts in history. From Antiquity and the Dark Ages to the 21st century. Connecting factors such as the place of celebration of the contract, the place of performance of the obligations arising from the contract, the choice of law agreement, the habitual residence of the contracting party who must perform the characteristic performance and the closest links clause have been considered for different reasons. In this paper, the contributions of great legal scholars experts in private international law, such as Bartholo da Sassoferrato, Rochus Curtius, Charles Dumoulin, F.K. von Savigny and especially Jacobo de las Leyes, are present. This work argues, contrary to the Marxist view of the history and the law, that the progress of private international law is due to individuals, with names and surnames, genuine geniuses of private international law.

**Keywords:** Private international law, connecting factors, place of celebration of the contract, the place of performance of the obligations arising from the contract, choice of law agreement, habitual residence, characteristic performance, closest links clause, Bartholo da Sassoferrato, Rochus Curtius, Charles Dumoulin, F.K. von Savigny, Jacobo de las Leyes.

**Sumario:** I. Introducción. La dificultad de precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales. II. Ley aplicable a los contratos internacionales. Los precedentes griegos y egipcios. La solución del papiro egipcio. III. Ley aplicable a los contratos internacionales en la Alta Edad Media. 1. La

personalidad de las leyes. A) La Ley personal del disponente en los actos unilaterales. B) La Ley elegida por el disponente en los actos unilaterales: los casos del rey lombardo Ratchis (año 744), el herrero del Bolzano (*circa* año 800), y el Cid Campeador (año 1074). C) La Ley personal del contratante demandado. 2. La territorialidad judicial de las Leyes. La *Lex Fori*. IV. Ley aplicable a los contratos internacionales en la Baja Edad Media. 1. Lugar de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*). A) La Ley *Si Fundus* y la Ley *Contraxisse*. Canonistas y legistas. B) Justificación de la solución *lex loci celebrationis*. C) Impacto y difusión de la *lex loci celebrationis*. D) Las Partidas de Alfonso X el Sabio. Jacobo de las Leyes y la *lex loci celebrationis*. 2. El declive del criterio “lugar de celebración del contrato”. V. Ley aplicable a los contratos internacionales en la Edad moderna y contemporánea. 1. El lugar de ejecución de las obligaciones contractuales. A) La tesis escisionista de BARTHOLO DA SASSOFERRATO. B) El “sistema de los dos derechos” de F.K VON SAVIGNY. C) La tesis de las *coupures* del contrato de la jurisprudencia suiza. D) Territorialidad y jurisprudencia norteamericana. E) La crisis del criterio “lugar de ejecución”. 2. La autonomía de la voluntad conflictual. De CHARLES DUMOU-LIN hasta el siglo XXI. A) El criterio principal: la elección de la ley aplicable al contrato por las partes. B) El *Consilium LIII* de 1524 y la Ley elegida por los contratantes. C) Los criterios subsidiarios y la idea de previsibilidad de la Ley aplicable. D) El triunfo de la autonomía de la voluntad conflictual. 3. La Ley aplicable al contrato en defecto de elección. A) Puntos de conexión flexibles. *The proper law of the contract*. a) Versión inglesa de la *proper law of the contract*. b) Versión norteamericana de la *proper law of the contract*. c) Versión francesa: el sistema del “*cumul d’indices*”. B) Puntos de conexión rígidos: distintos países, distintos puntos de conexión. VI. El Convenio de Roma de 19 junio 1980: el equilibrio. 1. El sistema de las presunciones y el art. 4 CR. 2. La presunción general. Teoría de la prestación característica. VII. El Reglamento Roma I: el regreso a los puntos de conexión rígidos. 1. El principio de proximidad se desvanece. 2. Puntos de conexión rígidos y abandono de las presunciones. 3. Una cláusula de excepción jibarizada. VIII. Ley aplicable a los contratos internacionales en el Derecho internacional privado español. 1. Antes del Código civil de 1889: la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 2. El silencio del Código Civil de 1889: de nuevo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3. El art. 10.5 del Código civil introducido en 1974. A) Las conexiones: la Ley sigue a la jurisprudencia. B) La supervivencia del art. 10.5 del Código Civil en el siglo XXI. 4. El crepúsculo del Derecho internacional privado español y el amanecer del Derecho internacional privado europeo. IX. Reflexiones finales. Los juristas que miraban las estrellas y los genios jurídicos del Derecho internacional privado. Contra la visión marxista de la Historia y el Derecho.

## I. Introducción. La dificultad de precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales

1. En el sector de los contratos internacionales, la historia del Derecho internacional privado es la narración de la búsqueda de la mejor conexión para precisar la Ley aplicable a dichos contratos<sup>1</sup>. Una crónica llena de sinuosas curvas y viajes azarosos en el espacio y el tiempo, porque la precisión de la Ley aplicable a los contratos internacionales ha sido siempre una labor complicada, difícil e intrincada para los juristas dedicados al Derecho internacional privado<sup>2</sup>. Esta dificultad deriva de causas distintas que conviene tener presentes.

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco de los siguientes proyectos y grupos de investigación y docencia universitarios: (1) Proyecto de Investigación de generación de conocimiento 2021 modalidad investigación orientada tipo B CONCONPAN (PID2021-124298OB-I00), Investigadores principales: CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER / CASTELLANOS RUIZ ESPERANZA: “Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 (Orden CNU/320/2019, de 13 de marzo, Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020); (2) Grupo Accursio: investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado ([www.accursio.com](http://www.accursio.com)), dirigido por Javier Carrascosa; (3) Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia (coordinador: Javier Carrascosa); (4) Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa); (5) “Red Europa-España de Derecho internacional privado”, (coordinador: Javier Carrascosa). <http://www.redespañaeuropa.es/>; (6) Grupo de investigación y reflexión cultural “*Lex Artis*” (coordinador: Javier Carrascosa).

<sup>2</sup> Los aspectos históricos de la evolución de las normas de conflicto de leyes para fijar la Ley aplicable a las obligaciones contractuales se abordan en numerosas contribuciones académicas. La mayor parte de las obras generales de Derecho in-

2. En primer lugar, los contratos generan obligaciones y las obligaciones son “creaciones jurídicas”. Son realidades jurídicas, no realidades físicas. Las obligaciones no son cosas corporales y tangibles que ocupen un lugar en el espacio, como ya afirmaban los finos y sagaces jurisconsultos romanos, apunta C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ<sup>3</sup>. Las obligaciones no disponen de una sede física como sí la tienen los bienes sobre los que recaen los derechos reales. Un apartamento situado en Torrevieja tiene una sede física, está situado en un concreto lugar físico. Frente a ello, la obligación de pagar el precio de una compraventa de una partida de azúcar, la obligación de no competir, la obligación de diseñar una página web, son obligaciones que no tienen una sede física. Estas obligaciones no se encuentran en ningún lugar, porque las obligaciones son creaciones jurídicas incorpóreas y lo que no tiene existencia material no se encuentra en ningún concreto lugar físico, como ya explicaba F.K. VON SAVIGNY y como bien han subrayado también H. BATIFFOL / P. LAGARDE<sup>4</sup>. Con frecuencia, además, las obligaciones no recaen sobre

---

ternacioanl privado, tratados y manuales, incluyen reflexiones sobre esta fascinante evolución histórica del Derecho internacional privado en el campo de los contratos internacionales. Además *vid.*, *inter alia*, aparte de las concretas referencias citadas en el texto, las aportaciones de B. ANCEL, «Les conclusions sur les status et coutumes locaux de Du Moulin, traduites en français», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 21-38; B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017; C. BRIÈRE, «La pensée de Foelix entre universalisme et particularisme. Contribution à l'histoire du droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, 2019, n.1, pp. 65-86; J.I. PAREDES PÉREZ, «Una lectura de la teoría conflictual de Savigny desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos adquiridos», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2019, n. 38; J.I. PAREDES PÉREZ, “El principio de sumisión voluntaria de Savigny como germen del fundamento del art. 7.1 del Reglamento de Bruselas I ‘bis’ y de la jurisprudencia del TJUE en la precisión del lugar de cumplimiento de la prestación característica”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Pozuelo, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 497-518; C. CAMPIGLIO, «Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli Statutari ai giorni nostri», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, n.3, 2013, pp. 593-618; CÁTEDRA UCM, *Textos y materiales*, Madrid, 1970; E. CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, 2ª ed., Torino, vol.I (*Storia del Diritto internazionale privato*), 1895 y vol.II (*Savigny, la Scuola italiana e gli sviluppi più recenti della dottrina dell'ordine pubblico*), 1902; P. DOMÍNGUEZ LOZANO, “Las concepciones publicista y privatista del objeto del Derecho internacional privado en la doctrina europea: reconstrucción histórica”, *REDI*, 1994, vol.XLVI, pp. 99-135; C. FOCARELLI, *Introduzione storica al diritto internazionale*, 2012; D. FOUSSARD, «Le droit international privé de Foelix ou l'art périlleux de la transition (1840-1847)», *Revue critique de droit international privé*, 2020, n.3, pp. 449-372; F. GAMILLSCHEG, *Der Einfluss Dumoulin auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin, Tübingen, 1955; M. GARDEÑES SANTIAGO, “Reflexiones sobre los orígenes históricos del DIPr.”, *AEDIP*, 2003, pp. 107-138; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Conflicto de leyes (en el espacio)”, *Enciclopedia jurídica básica, dirigida por A. Montoya Melgar*, Ed.Civitas, Madrid, , 1995, pp. 1428-1431; ID., “Derecho internacional privado”, *Enciclopedia jurídica básica, dirigida por A. Montoya Melgar*, Ed.Civitas, Madrid, , 1995, pp. 2311-2316; ID., “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios Homenaje A.Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5239-5270; M. GUTZWILLER, “Le développement historique du droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1929-IV, t.29, pp. 287-400; N.E. HATZIMIHAIL, *Preclassical conflict of laws*, Cambridge, UK, New York, NY, Cambridge University Press, 2021; N.E. HATZIMIHAIL, «On the Doctrinal Beginnings of the Conflict of Laws», *Yearbook of Private International Law XXI (2019/2020)*, pp. 101-136; E. JAYME, “Il Diritto internazionale privato estense”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1996, pp. 5-18; A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, (dos vols.), Paris, 1888, concr.pp. 273-279; H. LEWALD, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Atenas, 1946, pp. 9-11; C.F. MAJER, *Das römische internationale Privatrecht*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2017; E.M. MEIJERS, “L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686; ID., *Étude d'histoire du droit international privé*, Centre Nationale de la recherche scientifique, Paris, 1967; W. NIEDERER, “Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu”, *Revue critique de droit international privé*, 1960, pp. 137-150; R. DE NOVA, “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1966-II, t.118, pp. 435-619, esp. pp. 441-477; E. SCHÖNBAUER, “Personalitätsprinzip und Privatrechtsordnung im Römerreiche”, *Anzeiger der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse*, 97, 1960, pp. 182-210; F. STURM, “Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?”, *Journal de droit international Clunet*, 106, 1979, pp. 259-273; ID., “Unerkannte Zeugnisse römischen Kollisionsrechts”, en *Festschrift Fritz Schwind*, Wien, 1979, pp. 323-328; J. WESLAKE / F. TOPHAM, *A Treatise on Private International Law; With Principal Reference to its Practice in England. (Reprint de la edición de Sweet & Maxwell, de 1912)*, 2008; H.E. YNTEMA, “The Historic Bases of Private International Law”, *AJCL*, 2, 1953, pp. 297-317.

<sup>3</sup> C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, “Intereses de prestamos de dinero. Limitaciones legales y efectos civiles de su abusividad en el derecho romano”, *Revista jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, vol. 15, n. 1, 2018, pp. 141-159, también en *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, n. 20, 2018, pp. 426-464.

<sup>4</sup> H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé I*, Paris, LGDJ, 1993, p. 449: «En l'absence d'objet matériel il ne s'agit plus de droits réels, mais de droits de créance corrélatifs à des obligations (...) les obligations ayant pour objet une prestation du débiteur, c'est-à-dire son activité, ne se localisent pas par elles-mêmes comme un bien corporel: cette activité n'est pas nécessairement liée à un lieu déterminé (...) il es difficile (...) de dissocier les obligations des actes ou des faits

un bien que pueda situarse en un concreto lugar, como ha destacado, de mismo modo, abundante doctrina<sup>5</sup>. Es imposible, por tanto, indicar la Ley aplicable a una obligación mediante una referencia al país de la situación de la cosa física objeto de la relación jurídica. Debe recordarse que el objeto del contrato no es el bien, sino la obligación, que puede, o no, recaer sobre un bien corporal. El contrato genera obligaciones exigibles entre las partes. Por ello, la localización eficiente de las obligaciones contractuales debe arrancar de la fuente de la obligación, del contrato, y no de los objetos sobre los que, en su caso, pueden recaer las obligaciones.

3. En segundo lugar, los contratos pueden ser internacionales por motivos muy diferentes: sede de los contratantes en diversos países, objeto del contrato sito en país extranjero, lugar de celebración localizado en país extranjero, repercusiones internacionales del contrato, moneda empleada como medio de pago, etc. Detenerse en el elemento internacional del contrato para concretar la Ley reguladora del contrato no parece un método seguro y fiable para precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales.

4. En tercer lugar, en los contratos internacionales intervienen varias partes. Con frecuencia, tales partes tienen su residencia en países diferentes y/o poseen nacionalidad de Estados distintos. Resulta imposible, por tanto, fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales mediante una referencia a una sola y única “Ley personal” del sujeto resulta normalmente imposible porque hay varios sujetos implicados.

5. En cuarto lugar, los intereses implicados en la contratación internacional, tanto públicos como privados, son de gran complejidad, y requieren una solución ajustada, un equilibrio difícil. Los particulares pueden preferir la aplicación de la Ley inglesa al contrato de compraventa de un cuadro de PICASSO que implica su exportación desde España a los Estados Unidos de América, pero el Estado español puede exigir la aplicación a dicho contrato de su propia legislación, que impide la salida de España de la obra de arte y que penaliza al que trata de exportar el cuadro sin la pertinente y obligatoria autorización de la Administración, como se puede apreciar, por ejemplo, en la STS CA 4 marzo 2021<sup>6</sup>. No deben subestimarse de modo ingenuo las tendencias políticas que subyacen en ciertas normas de Derecho internacional privado que, aparentemente, destaca P. KINSCH, sólo se ocupan de los intereses de los contratantes<sup>7</sup>.

## II. Ley aplicable a los contratos internacionales. Los precedentes griegos y egipcios. La solución del papiro egipcio

6. Es posible hallar ciertos casos de contratación internacional que se pierden en la noche de los tiempos y cuyo estudio detenido permite descubrir cómo se determinaba la Ley aplicable a los contratos internacionales en la remota Antigüedad. Apuntan H. LEWALD y F. STURM que, en los contratos entre

---

*juridiques qui les engendrent: la localisation du contrat ou délit, déterminera donc la loi applicable aux obligations dont ils sont la source*». F.K. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol.VIII, edición facsimil de Ed. Comares, Granada, 2005, p. 1414: “la obligación tiene un objeto de una naturaleza invisible si se la compara con el derecho real que versa sobre un objeto material accesible a nuestros sentidos. Debemos, pues, comenzar por dar cuerpo a este elemento invisible de la obligación”.

<sup>5</sup> F. VISCHER, “The Antagonism between Legal Security and the Search of Justice in the Field of Contracts”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1974, vol. 142, pp. 1-70, esp. p. 53; O. LANDO, «Contracts», *International encyclopedia of comparative law*, vol.III, Chapter 24, 1976, 58-62; L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, Studia Albortotiana, 1994, p. 33; M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5302-5303, esp. p. 5302.

<sup>6</sup> STS CA 4 marzo 2021 [ECLI: ECLI:ES:TS:2021:755].

<sup>7</sup> P. KINSCH, “Le rôle du politique en droit international privé. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 2019, tome 402, pp. 9-384, esp. pp.110-112.

griegos y egipcios, ciertos tribunales estimaron que la Ley que debía regir el contrato internacional era la Ley del país en cuyo idioma estaba redactado el contrato<sup>8</sup>. Se pronunciaban en este sentido ciertas decisiones judiciales cuyo texto escrito se encontró en los papiros con los que se embalsamaban los cocodrilos sagrados en el antiguo Egipto. En tales palimpsestos se halló, por ejemplo, un texto de un contrato firmado entre un griego y un egipcio en la época del Egipto ptolemaico. En él se afirmaba que si el contrato se redactaba en griego, serían competentes los “*tribunales crematistai*”, formados exclusivamente por sujetos griegos, y tales tribunales aplicarían el Derecho griego, como exponen B. BAREL / ST. ARMELLINI<sup>9</sup>. Por el contrario, si el contrato estaba redactado en idioma egipcio, serían competentes los “*tribunales laocritas*”, formados por sujetos egipcios, que aplican al contrato el Derecho egipcio.

7. La solución tiene una lógica evidente de Derecho privado. Si las partes han redactado el contrato en idioma griego, ello puede querer decir que las partes han negociado el contrato “con las leyes griegas en sus mentes”. Las partes, en dicho caso, estaban psicológicamente situadas en el ordenamiento griego cuando celebraron el contrato. De otro modo expresado, el idioma del contrato refleja la voluntad común de las partes. La aplicación de la Ley que se corresponde con el idioma del contrato es, así, la aplicación de la Ley elegida por las partes de modo tácito o implícito.

8. Esta solución solventaba la cuestión de la Ley aplicable a los contratos internacionales mediante la previa determinación del tribunal competente, ya que se arrancaba del axioma según el cual un tribunal de un Estado sólo podía aplicar la Ley de su Estado y jamás podía aplicar la Ley de otro Estado. Este principio era lógico en una época en la que la función judicial solía considerarse como un atributo divino. Si los reyes de Egipto han sido designados por los dioses, ejercen su soberanía y sus funciones judiciales sobre su pueblo por voluntad de los dioses. De ese modo, si una controversia debe ser decidida por los jueces griegos, éstos sólo pueden actuar con arreglo a las leyes griegas, que han sido dictadas por el Estado griego en ejercicio de un poder que les ha sido atribuido por los dioses. El Derecho, en efecto, se considera dado o inspirado por la divinidad, razón por la que su aplicación es imperativa, necesaria e ineludible: un tribunal aplica siempre la Ley del Estado del que depende, pues en última instancia, reciben su poder (judicial) de los dioses y deben fallar, lógicamente, con arreglo a las leyes de los dioses que les han otorgado tal poder.

9. En suma, la llamada “solución del papiro egipcio” descansaba sobre los criterios o foros de competencia judicial internacional. Si un tribunal egipcio era competente para solventar un litigio relativo a un contrato entre griegos y egipcios, aplicaba al fondo el Derecho egipcio. Los criterios de competencia internacional se utilizaban, de un modo indirecto, para señalar también cuál era el Derecho aplicable al fondo del contrato internacional.

10. En ciertas ocasiones, los contratos se redactaban en ambos idiomas, griego y egipcio. En tales casos, señala J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, el demandante podía elegir la Ley aplicable al contrato. En efecto, si el comprador egipcio demandaba al vendedor griego ante los tribunales egipcios, éstos aplicaban el Derecho egipcio. Y viceversa, si demandaban ante los tribunales griegos éstos aplicaban Derecho griego<sup>10</sup>. En todo caso, ello demuestra, también, la estricta correlación *forum-jus* propia de la Antigüedad: los tribunales de un Estado sólo aplican las leyes de ese Estado. En estas épocas resultaba inconcebible aplicar leyes extranjeras, porque se consideraba que ello habría vulnerado la soberanía del país cuyos tribunales debían decidir el litigio.

<sup>8</sup> H. LEWALD, *Conflicts de lois dans le monde grec et romain*, Atenas, 1946, pp. 9-11; F. STURM, “Comment l’Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?”, *Journal de droit international Clunet*, n. 106, 1979, pp. 259-273; Id., “Unerkannte Zeugnisse römischen Kollisionsrechts”, en *Festschrift Fritz Schwind*, Wien, 1979, pp. 323-328.

<sup>9</sup> B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato: tutto il programma d’esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 22-28, esp. p. 22.

<sup>10</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, vol.156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 250-251.

### III. Ley aplicable a los contratos internacionales en la Alta Edad Media

#### 1. La personalidad de las leyes

##### A) La Ley personal del disponente en los actos unilaterales

11. En la Antigüedad clásica, los tribunales griegos y romanos aplicaban exclusivamente su propia Ley sustantiva a todo litigio derivado de un contrato internacional que se suscitaba ante ellos (*Lex Materialis Fori*). La cuestión radicaba, pues, en la precisión de los foros de competencia judicial internacional, ya que la competencia del tribunal de un Estado comportaba automáticamente, la aplicación de la Ley sustantiva de dicho Estado. Esta solución se mantiene durante la época romana clásica y post-clásica y llega a la Alta Edad Media, a los tiempos oscuros.

12. En la Alta Edad Media, los escasos datos, elementos y materiales disponibles permiten afirmar, con la necesaria prudencia y contención intelectual, que las donaciones, dotes matrimoniales o actos dispositivos unilaterales se regían por la Ley personal del donante (= esto es, por la Ley del pueblo al que el sujeto declaraba pertenecer: sistema de la *Professio Juris*)<sup>11</sup>.

##### B) La Ley elegida por el disponente en los actos unilaterales: los casos del rey lombardo Ratchis (año 744), el herrero del Bolzano (circa año 800), y el Cid Campeador (año 1074)

13. No obstante lo anterior, curiosamente, el disponente, en ocasiones, otorgaba el acto con arreglo a otra Ley distinta, una Ley que no era la Ley del pueblo al que pertenecía. Ello refleja una muy incipiente y rudimentaria muestra de autonomía de la voluntad conflictual unilateral, esto es de la posibilidad de que las partes implicadas en una relación jurídica internacional pudieran elegir o seleccionar, de uno u otro modo, la Ley aplicable a dicha relación. El fenómeno se explica porque, en la Alta Edad Media, asentados los bárbaros en Occidente, se mezclan los invasores con los invadidos y ciertos sujetos se sienten parte de varias comunidades distintas. Se sienten ostrogodos y romanos, por ejemplo, al mismo tiempo.

14. Así, en primer lugar, se aprecia en el caso de la *sponsalium* que realizó, Ratchis, duque de Friuli (739-744) y rey de los lombardos (744-749). Ratchis es el nombre latinizado del lombardo “Rachi”. Para reforzar su posición política como rey de los lombardos, que no era en absoluto fuerte, Ratchis trató de congraciarse con la población romana de la Italia del Norte, donde reinaba e inició un proceso de “romanización”. Así, en el año 746, comenzó a utilizar el título románico de *Princeps* y abandonó el tradicional título de “rey de los lombardos”. De ese modo, Ratchis buscaba, también, situarse como heredero ideal de los emperadores romanos y como rey superior a todas los pueblos que se encontraban mezclados en Lombardía. Por otra parte, en el año 744, Ratchis contrajo matrimonio con una mujer romana, probablemente, según la tradición, perteneciente a la aristocracia local, cuyo nombre era Tassia. Pues bien, el rey lombardo casó con Tassia con arreglo al rito romano y no según el tradicional rito lombardo y realizó la *sponsalium* con arreglo a la Ley romana, en vez de otorgar la dote (*Morgengabe*) en sintonía con la Ley germánica, esto es, con arreglo a su Ley personal.

15. En segundo lugar, debe citarse el célebre y muy conocido caso del herrero de Bolzano que, a pesar de vivir según la Ley romana, otorgó donación a su esposa según la Ley germánica (*quod in teutonica lingua dicitur morgengab*): es el llamado *Morgengabe*, el “regalo de la mañana”, explican E.M.

---

<sup>11</sup> L. STOUFF, *Étude sur le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu'au XIIIe siècle*, Paris 1894, también, en idioma italiano, con el título «Il principio della personalità delle leggi dalle invasioni barbariche al secolo XX», *Diritto internazionale*, 1967, 21-I, pp. 80-134, un texto exhaustivo y magníficamente bien documentado.

MEIJERS y A. MIAJA DE LA MUELA<sup>12</sup>. Se trata ésta de una institución jurídica germánica medieval. En su origen, consistía en la entrega a la esposa, por su marido, de unos bienes, -dinero, animales, armas, etc.-, como regalo por su virginidad entregada la noche de bodas. En realidad, la *Morgengabe* siempre operó como una reserva patrimonial para el caso de que el marido falleciera antes que su esposa. En el Medioevo, el rendimiento laboral de las mujeres era escaso, visto que la mayor parte del trabajo se concentraba en la agricultura y en unas condiciones extraordinariamente duras y visto también que, con frecuencia, la mujer tenía prohibido trabajar al carecer de plena capacidad jurídica, ya que estaba sometida al *patrifamilias*. La *Morgengabe* fue frecuente en Occidente, incluida España, pues fue una costumbre traída por los visigodos a la península ibérica.

16. También debe recordarse, en tercer lugar, al gran don Rodrigo Díaz de Vivar, el Cid Campeador, que casó con Doña Ximena el 19 julio 1074. El Cid entregó a su esposa sus arras “*por fuero de León*” en virtud de la famosa “*kartula donacionis vel profliacionis*”, aunque entre los bienes entregados en arras se encontraban villas y heredades situadas en Castilla, “*lo cual otorgo y prometo yo, Rodrigo Díaz, a vos mi esposa, por el decoro de vuestra hermosura y pacto de matrimonio virginal*”. Doña Ximena estaba sometida al Fuero de León, por lo que es claro que el Cid optó por aplicar la Ley que regulaba la capacidad jurídica y de obrar de su esposa doña Ximena. De ese modo, los bienes entregados en arras pasaban a formar parte de la propiedad de su esposa, que podía disponer de ellos con arreglo a su propia Ley personal, el Derecho de León. Así, por ejemplo, indica J.M. CONDON, la pérdida de los bienes dados en arras se perdían en el caso de que falleciera el Cid su marido y de que doña Ximena contrajese nuevo matrimonio. En tal caso, el Fuero de León preveía que los bienes entregados por el Cid regresaran a sus hijos<sup>13</sup>. Este contrato de arras también demuestra la extraordinaria generosidad del Cid Campeador. En efecto, el Fuero de Castilla limitaba las arras al 10% de los bienes del esposo. Por el contrario, en el Fuero de León las arras pueden alcanzar el 50 %. Así fue y así puede leerse en la “*carta de arras*” que hoy se halla conservada en el archivo de la catedral de Burgos. En dicho documento puede comprobarse que el Cid entregó 39 villas a su esposa doña Ximena, por lo que puede conjeturarse que el patrimonio de don Rodrigo Díaz de Vivar el Cid comprendía aproximadamente 80 villas: era un hombre muy rico y fue muy generoso con su esposa<sup>14</sup>.

### C) La Ley personal del contratante demandado

17. En los negocios y contratos bilaterales, explican A. MIAJA DE LA MUELA, cada contratante cumplía según su propia Ley personal, pues el contrato se entendía, en realidad, como la suma de estipulaciones unilaterales de cada contratante<sup>15</sup>. Es la concepción escandinava del contrato, extraordinariamente bien expuesta por I. LUCIDI: cada contratante se obliga según su propia Ley y sólo puede ser juzgado con arreglo a su propia ley<sup>16</sup>. La explicación es sencilla: un contratante, al obligarse, realiza una

<sup>12</sup> E.M. MEIJERS, «L’histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l’Europe occidentale», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686, esp. pp. 567-570; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Atlas, Madrid, 1985, pp. 105-106: “*En una etapa intermedia, en la que el origen de los otorgantes de un negocio jurídico era conocido para el interesado, pero no para los demás, se utilizó la professio iuris, que el interesado hacía acerca de su origen, y, a veces del contenido de las normas que en virtud de este origen le eran aplicables. En una época más avanzada esta declaración se entendió como fruto de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual cada uno se sometía a la ley que tenía por conveniente: así explica MEIJERS casos como el de un herrero de Bolzano que hace profesión de vivir en la ley romana, y que, no obstante, hace a su esposa la donación “quod in Teotonica lingua dicitur morgengab”...*”.

<sup>13</sup> J.M. CONDON, “El Cid abogado y político”, *Boletín de la Institución Fernán González*, 2º sem. 1983, año 63, n. 203, pp. 249-255 (texto en <https://riubu.ubu.es/handle/10259.4/2072>). Vid. también sobre las arras del Cid, <https://www.metisrestaura.com/elcidde Sevilla/que-es-la-carta-de-arraas/>.

<sup>14</sup> Vid. <http://elciddevivar.blogspot.com/2005/12/el-19-de-julio-de-1074-rodrigo-contrae.html>.

<sup>15</sup> E.M. MEIJERS, «L’histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l’Europe occidentale», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Atlas, Madrid, 1985, pp. 105.

<sup>16</sup> I. LUCIDI, “La recezione del negozio giuridico in altre paesi”, en F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, 5ª

promesa de cumplimiento: promete cumplir ante sus dioses. No frente al otro contratante, sino frente a sus dioses. En consecuencia, sólo se obliga con arreglo a lo que establece la Ley de su país, la Ley que refleja la voluntad de sus dioses. Si el contratante que ha jurado cumplir con arreglo a su ley resulta que no cumple, sólo se le puede reclamar en virtud de esa Ley, de su propia Ley y no de la Ley del otro contratante. El contratante debe cumplir con arreglo a su Ley porque se obliga sólo con arreglo a dicha Ley.

**18.** Este sistema de la personalidad de las leyes domina durante los siglos V a IX, como demuestra el profundo estudio de E.M. MEIJERS<sup>17</sup>. Deriva de la pluralidad normativa que se produce al traer los pueblos invasores su propio Derecho y conservarse, sin embargo, el Derecho de los vencidos. En un mismo territorio subsistían distintas leyes, aplicables a pueblos diferentes. La *Professio Legis* (= una declaración de acogimiento del interesado a su ley de origen, a la Ley de su pueblo), servía para aplicar este criterio de la personalidad de las leyes. En un primer momento, la *Professio Legis* fue un acto de notoriedad por el que la persona declaraba a qué pueblo pertenecía, indica J. DE YANGUAS MESSÍA<sup>18</sup>. La consecuencia de dicha declaración de la persona es, como exponen con gran claridad B. BAREL / ST. ARMELLINI, la aplicación del Derecho de la comunidad a la que el sujeto declara pertenecer a las obligaciones que asume dicha persona (*lege sua vivit*)<sup>19</sup>.

**19.** El sistema respondía a una clara lógica medieval. Cada persona, igual que profesaba una religión, profesaba también un Derecho: ambas son cuestiones íntimamente ligadas a la esfera de cada individuo, como destaca J.-M. FONTANELLAS MORELL en su magnífico estudio sobre la *professio juris* sucesoria<sup>20</sup>. Por ello, la “*professio Juris*” es también conocida, señala A. BONOMI, como “*déclaration de nationalité*”<sup>21</sup>. De este modo, se acepta un sistema de aplicación distributiva de las leyes, como muy grá-

---

ed., 2011, pp. 59-665 esp. p. 59: “*Nella visione dottrinale generale tipica dei paesi nordici non è la fattispecie contrattuale costituita dall'accordo delle parti a creare effetti giuridici: lo sono invece la proposta e l'accettazione, visti ognuno come negozi unilaterali. Ne risulta una forte protezione nei confronti della controparte in buona fede, a scapito di colui che rive una dichiarazione erronea. Si riscontra anche una fortissima considerazione per l'interesse di colui che riceve una dichiarazione di volontà: la proposta contrattuale viene resa irrevocabile, non appena il destinatario abbia avuto conoscenza, dovendo poter confidare nella validità della stessa fino della sua risposta*”.

<sup>17</sup> E.M. MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686.

<sup>18</sup> J. DE YANGUAS MESSÍA, *Derecho internacional privado, parte general*, 3ª ed., Madrid, Ed.Reus, 1971, pp. 31-42 y 207-226; J. DE YANGUAS MESSÍA, “La regla locus regit actum”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1967, vol.XV, pp. 479-497.

<sup>19</sup> B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato: tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 22-28, esp. p. 22; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992, pp. 52-56; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1977-III, t.156, pp. 227-376, esp. pp. 250-260; H. LEWALD, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Atenas, 1946, pp. 9-11; F.K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht / Boston / Londres, 1993, pp. 6-10; E.J. MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686, esp. pp. 543-580; A.E. VON OVERBECK, «La *Professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé», *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, vol.II. Gent, 1965, pp. 1085-1112; A. CURTI GIALDINO, «La volonté des parties en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1972, vol.137, pp. 743-914, esp. pp. 850-854; F. SCHWIND, «Die Rechtswahl im IPR-Gesetz und nach der resolution des Institut de droit international von 1991», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1992, pp. 101-108; F. SCHWIND, «Aspects et sens du droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.187, pp. 9-144, esp. 72-75; G. BARILE, «La fonction historique du droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol.116, 1965, pp. 305-381, esp. pp. 305-381; M. GUTZWILLER, «Le développement historique du droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol.29, 1929, pp. 287-400, esp. pp. 287-299; S.L. GUTERMAN, «The Principle of the Personality of Law in the Early Middle Ages, A Chapter in the Evolution of Western Legal Institutions and Ideas», *Univ. Miami Law Review*, 21, 1966/67, pp. 259-348; L. STOUFF, «Il principio della personalità delle leggi dalle invasioni barbariche al secolo XII», *Diritto internazionale*, 21, I, 1967, pp. 80-134; F. STURM, «Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?», *JDI Clunet*, 106, 1979, pp. 259-273; H.E. YNTEMA, «The Historic Bases of Private International Law», *AJCL*, 2, 1953, pp. 297-317; CH. ROCHAT, *La dislocation du statut personnel. Étude de droit international privé*, Lausanne, 1986, pp. 21-35.

<sup>20</sup> J.-M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, M.Pons, Madrid, 2010, pp. 29-55.

<sup>21</sup> A. BONOMI, “Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 241-272.



ficamente describen, de nuevo, B. BAREL / ST. ARMELLINI<sup>22</sup>. La relación jurídica se atomiza y cada sujeto sigue su propia Ley en relación con la porción de la relación jurídica que le afecta: las obligaciones del vendedor son las establecidas en la Ley del vendedor, mientras que la adquisición de la mercancía sigue la Ley del comprador. Por tanto, si se demanda al vendedor la entrega de la cosa, se le exige que cumpla con su propia Ley personal. Es la Ley del contratante demandado y obligado por su propia promesa de entregar la cosa vendida que ha realizado, no puede ser de otro modo, con arreglo a su propia Ley.

**20.** Sin embargo, la *Professio Juris* fue pronto empleada de modo demasiado flexible, por no decir fraudulento, pues el individuo elegía la Ley más favorable a sus pretensiones y resultaba difícil comprobar a qué pueblo, realmente, pertenecía el sujeto o de qué comunidad socio-política procedía. En un segundo estadio, y con mezcla de la población bárbara invasora y romana, la *Professio Juris* se convierte en un auténtico “acto de opción” entre Leyes, apunta A.E.V. OVERBECK<sup>23</sup>. Así es, se permite que sea el mismo individuo, el que “decida” a qué comunidad política se considera vinculado, a qué pueblo pertenece, o con arreglo a qué Ley quiere obligarse, tal y como de nuevo expone E.M. MEIJERS<sup>24</sup>. Ello puede explicar los desajustes antes observados de sujetos que se obligan públicamente a cumplir sus obligaciones con arreglo a una Ley que no es, *stricto sensu*, su Ley personal: el caso del rey lombardo Ratchis, el caso del herrero de Bolzano y el caso de Rodrigo Díaz de Vivar, el Cid Campeador, como antes se ha indicado. En suma, la *professio juris* altomedieval se acerca a una forma elemental de autonomía de la voluntad conflictual. El sistema presenta ya fracturas y no es seguro, no proporciona la seguridad jurídica que requieren los actos dispositivos de bienes y, en general, los contratos.

**21.** Por otra parte, es sabido que, en España, las cuestiones de Derecho internacional privado en la Alta Edad Media están marcados por una polémica clásica.

Por un lado, las tesis históricas tradicionales han sostenido que el Código de Eurico y el Breviario de Alarico, -promulgados por los invasores visigodos-, eran de *aplicación personal*. El primero era aplicable a los visigodos y el segundo, a los hispano-romanos, hasta la unificación legal llevada a cabo por el Fuero Juzgo. Por tanto, muchos autores estiman que también en España la personalidad de las leyes fue el criterio básico en la Alta Edad Media (A. MIAJA DE LA MUELA). La invasión musulmana de España supone, muy probablemente, un impulso al sistema de la personalidad de las leyes.

Por otro lado, A. GARCÍA GALLO sostuvo que tanto el Código de Eurico como el Breviario de Alarico eran de aplicación territorial. En España se habría seguido un sistema de territorialidad, a diferencia de lo que sucedió en el resto de Europa, donde se observó el sistema de la personalidad de las leyes.

La polémica referida está lejos de ser resuelta y además aparece oscurecida por varios datos. En primer lugar, en los fueros municipales de León y Castilla se hace referencia con reiteración, al hecho de que los pleitos entre moradores de las villas y los habitantes de las villas próximas se ventilaran ante jueces de ambas partes (*juicio de medianedo*), sin que pueda afirmarse qué Derecho aplicaba este tribunal mixto. En segundo lugar, cuando se forma el Derecho de los distintos reinos existentes en España (*Usatges* de Cataluña, Fueros de Aragón, *Furs* valencianos, etc.), debieron surgir, lógicamente, problemas de Derecho aplicable a las relaciones privadas interlocales. Sin embargo, como en el caso anterior,

<sup>22</sup> B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato: tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 22-28, esp. p. 22-23: “Nel vigore del principio della personalità del diritto, i rapporti che intercorrono tra membri delle diverse comunità devono essere inquadrati in chiave (non di conflitto ma) di applicazione distributiva delle leggi, dato che il rapporto si atomizza e ciascuno segue la propria legge per la porzione di rapporto che gli compete: la vendita segue la legge del venditore e l'acquisto quella del compratore; ciascun nubendo viene al matrimonio secondo la propria legge personale, e così via”. También P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 38.

<sup>23</sup> A.E. VON OVERBECK, “L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 619-636; ID., “La *Professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”, *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, vol.II. Gent, 1965, pp. 1085-1112; ID., “La théorie des règles de conflit facultatives et l'autonomie de la volonté”, *Festschrift für F.Vischer zum 60.Geburstag*, Zurich, 1983, pp. 257-262.

<sup>24</sup> E.J. MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686.

y vista la falta de datos históricos fiables, no es posible precisar los criterios utilizados para determinar el Derecho aplicable en estos casos.

22. En todo caso, aparte los supuestos de actos dispositivos unilaterales, como donaciones y arras, en los que la aplicación de la Ley personal del disponente es clara, no existen datos documentales claros que prueben que los jueces de la Alta Edad Media hayan aplicado, a los contratos bilaterales internacionales, en ciertas ocasiones, un Derecho extranjero. Ello conduce a afirmar, con J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ / M.J. AZAUSTRE FERNÁNDEZ, que, como regla general, en los escasos supuestos de contratación internacional, se acudía al tribunal del Estado del domicilio del demandado, juez natural del éste, y se aplicaba el Derecho de dicho Estado, esto es, la *Lex fori*: el juez aplicaba su propio Derecho<sup>25</sup>.

## 2. La territorialidad judicial de las Leyes. La *Lex Fori*

23. El hundimiento del Imperio romano sumerge a Europa en un inmenso y profundo caos económico y jurídico, en la pobreza, el hambre, la mera subsistencia y el retraso tecnológico. Se retroceden varios siglos y se regresa a un sistema sin moneda, sin tribunales estatales, sin innovaciones técnicas, sin apenas manufacturas. Un sistema económico basado exclusivamente en la producción agrícola y ganadera obtenida con enorme esfuerzo humano debido a la carencia de instrumentos adecuados. Las ciudades se vacían debido a los muy elevados impuestos, a los ataques de bandas armadas y a las enfermedades y epidemias. Las personas huyen al campo y se instalan en granjas y cabañas de modo definitivo para trabajar en el campo. Vuelve una economía rudimentaria basada fundamentalmente en el trueque. El comercio entre personas de lugares distintos desaparece. La sociedad se vuelve estática. Llega el feudalismo. La Alta Edad Media es una época en la que apenas existen relaciones “internacionales” entre particulares de distintos feudos y comunidades<sup>26</sup>. En dicho período histórico, la gente abandona las ciudades. El siervo trabaja para el señor feudal en el feudo. Nace, vive toda su vida y muere en el feudo. No existe comercio “internacional”. Los sujetos sólo se relacionaban dentro de su comunidad social y jurídica (= dentro de su “Estado”, se diría hoy). La costumbre de lugar, basada fundamentalmente en una mezcla caótica y asistemática de ritos germánicos, de prácticas derivadas del Derecho romano vulgar y de aportes procedentes del Cristianismo, es el Derecho vigente.

24. Los reyes de la época no disponen de un poder político y jurídico suficientemente fuerte para obligar a todo su reino con arreglo a un mismo cuerpo legal que se aplique en todo el territorio del reino. Los reyes deben apoyarse en el poder feudal, en los distintos señores que les han ayudado en sus conquistas del reino, a los que conceden señoríos, villas y su propio Derecho, sus fueros. Los señores feudales son los dueños de su feudo y administran justicia en sus feudos al margen de la justicia real. Pues bien, los señores feudales aplican, en sus feudos, sus propias leyes y sólo sus propias leyes. Aplicar las leyes de otros señores feudales o de otros reinos es algo impensable, pues ello supondría una vulneración del poder del señor feudal en su territorio. Las leyes son fuertemente territoriales en el sentido de la “territorialidad judicial”: los jueces aplican sólo y exclusivamente las leyes de su propio país o territorio. Se afianza así, también, el poder del señor feudal. El Derecho comienza, muy lentamente, a “estatalizarse”, a concentrarse en los señores feudales. El resultado es claro. Nace una multitud de órdenes jurídicos aplicables en sus respectivos territorios.

<sup>25</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol.156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 253-255; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I-is 1215/2012. Análisis crítico de la regla actor *sequitur forum rei*”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2019, vol. 11, n. 1, pp. 112-138; C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ / M.J. AZAUSTRE FERNÁNDEZ, “Sumisión y residencia habitual en el Reglamento Europeo de Sucesiones: Fundamentos romanísticos”, *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, n. 24, 2020, pp. 150-260.

<sup>26</sup> P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, p. 40; J. DERRUPÉ / J.-P. LABORDE, *Droit international privé*, Dalloz, 16ª ed., 2008, p. 63.

25. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, y de una manera lógica, se impone el sistema de la “territorialidad (judicial) de las leyes”. Ello es visible con claridad a partir del siglo IX y dura aproximadamente hasta el siglo XIII, momento en el que comienza su declive, ya muy acentuado en el siglo XV, expone el clásico estudio de A. LAINÉ<sup>27</sup>. La territorialidad judicial de las leyes significa que, para resolver los casos internacionales, el juez aplica siempre su propio Derecho material. La vigencia del Derecho Romano y del Derecho Canónico, como órdenes jurídicos superiores, atenuaba algunos efectos perversos de este sistema territorialista-judicial. En el plano de la competencia judicial, en este período cobra una gran fuerza el foro del domicilio del demandado, tanto en materia civil como en materia penal, foro que presenta carácter imperativo, como ha destacado J.D. GONZÁLEZ CAMPOS<sup>28</sup>. En definitiva, hasta el siglo XII, los casos internacionales se solventaban mediante el criterio de la unidad *Forum / Jus*, defendido por juristas medievales de indiscutido prestigio, como AZO, J.DE FAENZA y RUFINO: el juez que conoce del caso aplica la Ley del “Estado” al que pertenece.

26. El sistema de la “territorialidad (judicial) de las leyes” es una solución general que surgió en Europa cuando apenas existían intercambios “internacionales” o éstos eran muy escasos. Es una solución jurídica de “anti-Derecho internacional privado, subraya E. VITTA<sup>29</sup>. Si no había intercambio internacional, no era necesario el Derecho internacional privado ni era preciso fijar la Ley aplicable a los contratos entre personas de diferentes lugares. Por ello, debe destacarse con firmeza que los juristas alto-medievales no eran unos ignorantes que no sabían nada del Derecho internacional privado y que desconocían la necesidad de impulsar, favorecer y promover el intercambio internacional. Estos juristas no se ocuparon del Derecho internacional privado hasta el siglo XIII porque, al no existir intercambio internacional, el Derecho internacional privado era, simplemente, innecesario, y la “regla *Lex Fori*” no provocaba costes para los particulares. Ello explica, precisamente, que el nacimiento del Derecho internacional privado se produzca cuando la autarquía económica y jurídica altomedieval termina y crecen los intercambios entre sujetos de comunidades sociales diferentes sometidos a Poderes Públicos distintos (= sujetos de “Estados” diferentes). En efecto, el Derecho internacional privado nace cuando un ciudadano de Bolonia es demandado en Módena, como indica, ya en el siglo XIII, la *Glossa Accursiana*. Ahí nace la necesidad de precisar la Ley reguladora de los contratos internacionales.

#### IV. Ley aplicable a los contratos internacionales en la Baja Edad Media

##### 1. Lugar de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*)

###### A) La Ley *Si Fundus* y la Ley *Contraxisse*. Canonistas y legistas

27. En la Baja Edad Media es cuando la cuestión de la Ley aplicable a los contratos internacionales comienza a plantearse como una cuestión propia e importante en el norte de Italia. Ello se produce por dos motivos.

En primer lugar, en virtud de la Paz de Constanza de 1183, se alcanza una solución pacífica entre el emperador Federico I Barbarroja, que pretendía dominar con mano de hierro todo Occidente, y las ciudades de la Liga Lombarda, que aspiraban a una cierta independencia. Federico I Barbarroja fue coronado emperador del Sacro Imperio Romano Germánico en el año 1155. El emperador tuvo que hacer frente a la independencia *de facto* que habían adquirido algunas ciudades del norte de Italia frente al Imperio. La Paz de Constanza otorga al emperador una especie de soberanía superior, ciertos derechos económicos, tributos y el nombramiento de ciertos cargos públicos. A cambio, las ciudades del norte de Italia ganan derechos. En el norte de la Italia actual, cada ciudad adquiere poder legislativo

<sup>27</sup> A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, París, 1888, pp. 228-231.

<sup>28</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol.156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 250-254.

<sup>29</sup> E. VITTA, *Dirito internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Torino, UTET, 1989, pp. 61-64.

propio. Cada ciudad-Estado posee su propio ordenamiento legal (*Statutum*), pueden construir murallas fortificadas, pueden tener su propio gobierno, elegir a sus gobernantes y jueces: es el llamado “*güelfismo moderado*”. Es cierto que todas las ciudades y sus leyes reconocían la superior autoridad intelectual y lógico-argumentativa del redescubierto Derecho Romano. Sin embargo, el Derecho Romano es ya sólo un Derecho subsidiario que regía sólo *ubi cessat statutum*, indican B. BAREL / ST. ARMELLINI<sup>30</sup>. El protagonismo del Derecho de cada ciudad Estado es evidente. Esta razón explica por qué surgen los “conflictos de Leyes” en Europa pese a la presencia universal, -si bien más académica que judicial-, del Derecho Romano descubierto en Bolonia. Por otro lado, la pujanza legislativa de las ciudades del norte de Italia constituye un fenómeno único en Europa y se explica porque el sistema feudal sólo tuvo una presencia muy superficial en dicha área geográfica<sup>31</sup>.

En segundo lugar, aumenta considerablemente el comercio y crecen exponencialmente las relaciones jurídicas entre individuos domiciliados en diferentes ciudades-Estado. Los comerciantes y los artesanos, la burguesía, gana protagonismo, el oscuro medieval comienza a quedar atrás, el fin del mundo previsto para el año 1000 no ha tenido lugar y el progreso y la mejora de las condiciones de vida son ahora posibles. La proliferación de los intercambios internacionales protagonizada por artesanos, pequeños comerciantes y fabricantes, unido a las mejores técnicas en la agricultura, en la navegación, y a la apertura de nuevas rutas de comercio internacional gracias a las Cruzadas en Tierra Santa son factores que se unen a la antes aludida diversidad de leyes en Europa. Esta combinación de factores provoca el nacimiento de nuevas preguntas de Derecho internacional privado. Y la pregunta clave es ésta: ¿cuál es la Ley que rige los contratos internacionales? ¿La Ley del comprador? ¿La Ley del vendedor? ¿La Ley del lugar de celebración del contrato? ¿La Ley del lugar de ejecución del contrato? ¿La Ley elegida por las partes?

**28.** Cuando los juristas de la Baja Edad Media que operaban en el norte de Italia tuvieron que ofrecer soluciones de Derecho internacional privado fueron a buscarlas en el Derecho Romano, la *ratio scripta* de la época, descubierto en Bolonia alrededor del año 1000. Ahora bien, resultó que el Derecho Romano, esa “razón puesta por escrito”, no contenía normas de Derecho internacional privado *stricto sensu*. Ahora bien, en el Derecho Romano hallaron canonistas y legistas el equipaje dogmático, el arsenal técnico necesario para crear dichas soluciones. Del Derecho Romano se extrajo una gama de principios generales del Derecho Romano que ofrecían resultados eficientes e incentivaban el comercio internacional: *accessorium sequitur principale*, *locus executionis*, *locus celebrationis contractus*, *locus rei*, *lex patriae*, *locus actum*, *bona fides*, el respeto, por parte de todos los Derechos estatales, a los principios elementales de Justicia condensados en el Derecho Romano, -rechazo de los “estatutos odiosos”-, y muchos más. Tomaron también del venerable Derecho Romano la tripartición de las leyes en estatutos personales, reales y formales (Instituta, Libro I, título II, § 12: “*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*”)<sup>32</sup>. Sobre esta plataforma dogmática de alta calidad jurídica, los grandes juristas italianos de la Baja Edad Media edificaron el Derecho internacional privado del primer capitalismo liberal. Un cuerpo legal basado en soluciones racionales, lógicas, previsibles y eficientes, como lo fue el Derecho Romano. Por tanto, el Derecho internacional privado fue, en su origen, una creación medieval, europea e italiana. Ello se percibe en las primeras soluciones dadas para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Son soluciones extraídas de principios generales del Derecho Romano.

**29.** Explica con transparencia H. BATIFFOL que los primeros expertos legales en acercarse a la cuestión fueron los canonistas, que basaron sus soluciones en dos Leyes del Digesto: la Ley *Si Fundus* y la Ley *Contraxisse*<sup>33</sup>. Los canonistas enseñaban en las Universidades junto a los “legistas”. También aquéllos se ocuparon de formular reglas sobre aplicación de los distintos Derechos, como explican P.

<sup>30</sup> B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato: tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 22-28, esp. p. 25.

<sup>31</sup> Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10ª ed., Paris, Dalloz, 2013, p. 85.

<sup>32</sup> *Instituta*. Libro I, título II, § 12: «*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*».

<sup>33</sup> *Ley Si fundus*: “*Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet*”. *Ley Contraxisse*: “*Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit*”. Ambas citadas y bien glosadas por H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, Sirey, 1938, pp. 19-23.

MAYER y L. RIGAUD<sup>34</sup>. La razón es sencilla: en la época, cada obispo gozaba de un cierto poder legislativo, por lo que surgían problemas de determinación de la “Ley aplicable”. Las soluciones de los canonistas, -como por ejemplo las recogidas en la Glosa a las decretales *A nobis*, de Clemente III, y *Ut animarum*, de Bonifacio VIII-, se asemejan a las de los legistas. Pues bien, tanto canonistas como legistas afirmaban que los contratos se rigen por la ley del lugar de su celebración. Así lo destaca expresamente BERNARDO DE PAVÍA en su obra *Summa Decretalium* a finales del siglo XII. No es de extrañar la coincidencia de soluciones: canonistas y legistas enseñaban en las mismas universidades, muchos legistas habían sido antes clérigos y ciertos tribunales eclesiásticos tenían competencia en materias civiles.

**30.** Es cierto que el Derecho Romano, -del que se extraían las Leyes *Si Fundus* y *Contraxisse*-, constituía base jurídica poco sólida de esta regla de Derecho internacional privado. En efecto, ninguna de las citas del Digesto se refería a cuestiones de determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales. Por un lado, la Ley *Si Fundus* se refiere a un problema concreto de interpretación de la voluntad de los contratantes. Por otra parte, la Ley *Contraxisse* trata la cuestión de la competencia judicial en materia de contratos, no la cuestión de la “Ley aplicable” a los mismos. Sin embargo, la gran autoridad del Derecho romano permitió a los canonistas sostener la solución *lex loci contractus* mediante la referencia estas dos leyes del Digesto. Una regla extraída, con mayor o menor imaginación y solidez, del Derecho Romano aparecía revestida de una fuerza de autoridad difícil de rebatir.

**31.** Esta primera regla formulada para dar solución a la cuestión de la Ley aplicable a los contratos internacionales, la regla *Lex Loci Celebrationis* (= los contratos se rigen por la Ley del país donde se han celebrado) se impone entre los expertos legales de la época, observa K.H. NEUMEYER<sup>35</sup>. Debe recordarse que los juristas de la época eran estudiosos conocidos como “estatutarios”. Concretaban la Ley aplicable a los contratos mediante la precisión del ámbito de aplicación de las leyes de las distintas ciudades Estado. En realidad, los juristas medievales exponen la solución *lex loci celebrationis* de un modo peculiar. Indican que las leyes de un Estado que regulan las obligaciones contractuales se aplican a los contratos que se han celebrado en su territorio. A favor de la regla *Lex loci celebrationis* se pronuncian numerosos juristas.

Así, GUILLAUME DURANT, nacido en Languedoc en 1237 y fallecido en 1296, obispo de Meuge, llamado el *Speculator*, en su muy conocida obra *Speculum Juris* (circa 1271) precisa que, a su juicio, el juez debe aplicar, a los contratos celebrados entre ciudadanos que tenían su origen en ciudades distintas, “la Ley del lugar en el que el contrato se ha celebrado”<sup>36</sup>.

En el mismo sentido se expresa PIERRE DE BELLEPERCHE, obispo de Auxerre y fallecido en 1308: en su obra *Repetitiones in aliquot divi Justiniani imperatoris leges*, cita, como opinión de los doctores, que los contratos deben ajustarse, tanto en su forma como en su sustancia, a la Ley del lugar de conclusión del contrato<sup>37</sup>.

Igualmente ofrece idéntica solución (*lex loci celebrationis*), el gran BERNARDO BALBI, conocido como BERNARDO DE PAVÍA, canonista italiano que enseñó en la Universidad de Bolonia antes de integrarse en la curia romana, en su obra *Summa Decretalium*, a finales del siglo XII<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 38 y nota [8]; L. RIGAUD, «Contribution des canonistes aux plus anciennes doctrines du droit international privé et l'influence de celui-ci sur le Codex juris canonici», *Actes du Congrès de droit canonique*, Paris, 1950, pp. 376-386.

<sup>35</sup> K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat und Strafrecht bis Bartolus*, vol.II, 1916, pp. 84 y 135 ss. En el mismo sentido, H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 470.; M. GUTZWILLER, “Le développement historique du droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1929-IV, t.29, pp. 287-400; A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, Paris, 1888, pp. 118-129. Muy bien explicado por M. VIRGÓS SORIANO, «Obligaciones contractuales», en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, parte especial, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 295-376, esp. pp. 303-308.

<sup>36</sup> A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, Paris, 1888, pp. 118-121.

<sup>37</sup> *Vid.* nota anterior.

<sup>38</sup> P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11ª ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 38 y nota [8]; L. RIGAUD, *Contribution des canonistes aux plus anciennes doctrines du droit international privé et l'influence de celui-ci sur le Codex juris*

En el siglo XIV, la solución *lex loci celebrationis* se mantiene. Autores como JEAN FABRE, en sus obras *Commentarius in Institutionis y Breviarum in Codicem*, la defienden sin dudar<sup>39</sup>. En Francia, la regla *locus regit actum* o bien *lex loci celebrationis* se aplica en un *arrêt* del Parlamento de París de 1272 y todavía más claramente en una decisión (*Jean Teisson vs. Henri Avaugour*) fechada en 1314, que da aplicación a la Ley de Normandía, lugar de conclusión del contrato, como apunta B. ANCEL<sup>40</sup>.

## B) Justificación de la solución *Lex loci celebrationis*

**32.** Para los juristas medievales, la justificación de la regla *lex loci celebrationis* era, en principio, clara. Era una solución basada en la soberanía estatal: los actos celebrados en el territorio de un país se regulan por la Ley de ese país, porque el Estado extiende su Soberanía sobre su territorio. Es la regla *locus regit actum*: los actos que se verifican en el territorio quedan necesariamente sujetos a la Ley de ese país. El Estado ejerce su soberanía sobre su territorio, por lo que todo lo que acontece en su territorio debe quedar sometido, de modo necesario e imperativo, a sus Leyes. Por tanto, todos los contratos celebrados en su territorio deben regirse por su Ley: lo contrario sería un atentado contra la soberanía del Estado. Esta solución (*lex loci celebrationis* o *lex loci contractus*) constituye una aplicación específica de la máxima *locus regit actum*, cuya explicación radica, como se ha indicado, en la soberanía estatal. El gran e inmarcesible jurista BARTHOLO DA SASSOFERRATO (1314-1357) indicó que entre los estatutos personales y los reales existía un tercer tipo, los estatutos “mixtos” o “formales”. Éstos se aplican a todos los sujetos presentes en el territorio pero que no obligan a los súbditos en el extranjero, como indica M. REQUEJO ISIDRO<sup>41</sup>. Es la regla *locus regit actum*, que nace, subraya E.M. MEIJERS, como una regla imperativa de Derecho internacional privado según la cual el fondo y la forma de un acto jurídico se deben regir por la Ley del Estado donde el acto tiene lugar. En el caso de los contratos, la Ley del país de su celebración.

Además, como ha recordado J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, en la Baja Edad Media, los tribunales justifican su competencia, en los casos internacionales, en la soberanía del Estado ejercida sobre el territorio del mismo<sup>42</sup>. Por tanto, competencia judicial y ley aplicable a los contratos internacionales se decidían con arreglo al mismo criterio: el lugar de celebración del contrato.

La regla *lex loci celebrationis* se recogió en las Partidas alfonsinas, texto legal fundamental del medioevo español, como se explica *infra*. La regla fue seguida por la jurisprudencia española del Tribunal Supremo español anterior al Código civil de 1889, como se observa, entre otras, en la STS 18 marzo 1875<sup>43</sup>.

**33.** La explicación de la regla *lex loci celebrationis* basada en la soberanía del Estado la expone en el siglo XV PAUL DE CASTRE (fallecido en 1441) con un desarrollo importante. Según este autor, el contrato se rige por la Ley del país de su celebración al igual que el estado de las personas se rige por la Ley del país del origen de las mismas: *quia talis contractus dicitur ibi nasci ubi nascitur, et, sicut persona ratione originis ligatur a statutis loci originis, ita et actus*<sup>44</sup>. Sería algo parecido al “estatuto

canonici», *Actes du Congrès de droit canonique*, Paris, 1950, pp. 376-386. *Vid. Summa decretalium* (ed. Laspeyres, Regensburg 1860 y Graz 1956).

<sup>39</sup> A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, París, 1888, p. 129; J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho internacional privado, parte general (introducción, historia doctrinal y codificación)*, Ed. secc.publ. Fac.Derecho Univ.Complutense, Madrid, 1992, p. 303.

<sup>40</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 106.

<sup>41</sup> E. VITTA, *Diritto internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Torino, UTET, 1989, pp. 313. M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional Privado español*, Madrid, 1998, pp. 33-38.

<sup>42</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, vol.156, 1977, pp. 233-376, esp. pp. 255-258.

<sup>43</sup> STS 18 marzo 1875, *Jurisprudencia Civil*, vol. 31, p. 536: “Considerando que una letra de cambio cuya propiedad se transfiere por el endoso de los que sucesivamente la vayan adquiriendo, comprende dentro de sí, cuando esto se verifica, otros tantos contratos perfectos entre el respectivo endosante y aquél a quien la transmite independientemente del contrato primitivo celebrado entre el librador y el tomador, y que cada uno de esos contratos se rige, no solamente en cuanto a su forma, por las del lugar en que se celebran y redactan...”.

<sup>44</sup> A. LAINÉ, *Introduction...*, vol.I, 1888, p. 189. También T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 854.

personal del contrato”. La explicación es original e ingeniosa: los contratos son una creación jurídica del Estado en cuyo territorio se celebran. Es la Ley de ese Estado la que “da vida” a los contratos celebrados en el mismo y es, por ello, lógico que los contratos se rijan por la ley del Estado bajo cuya soberanía territorial han sido creados. Así, CINUS DE PISTOIA afirma, en célebre frase, que “el lugar rige el acto”, como recuerda B. ANCEL<sup>45</sup>.

**34.** Sin embargo, justificar la regla *lex loci celebrationis* para los contratos en el respeto de la soberanía del Estado era un argumento débil. No explicaba bien el por qué de la regla, ya que podía conducir, en ciertos supuestos, a resultados sin sentido que perjudicaran a los contratantes. En efecto, cuando el lugar de celebración era fortuito, las partes se veían sorprendidas por la aplicación de la Ley del lugar de celebración, ley que no habían tenido en cuenta al celebrar su contrato. Por otra parte, los contratos producen efectos sólo entre las partes contratantes, por lo que, en realidad, la soberanía del Estado donde se celebraba el contrato no parecía verse afectada. La razón de ser de la regla *lex loci celebrationis* hay que explicarla con otros fundamentos. A tal fin, surgen nuevas explicaciones.

**35.** Una primera explicación radica en afirmar que la Ley del país de celebración del contrato se aplica a éste porque es la ley que las partes esperan lógicamente ver aplicada a su contrato. La mayor parte de los canonistas y legistas ya citados y defensores de la *lex loci celebrationis*, -subraya de nuevo K.H. NEUMEYER-, aceptan dicha regla sólo en los casos en los que los contratantes tenían conocimiento de la Ley del país donde el contrato se celebra<sup>46</sup>. Ello es comprensible. En la Baja Edad Media, observan O. KAHN-FREUND y M. VIRGÓS, los contratos “internacionales”, se celebran en ferias, puertos y mercados, por lo que los contratantes conocen fácilmente cuál es el país de celebración del contrato y la Ley de dicho país, de modo que pueden prever fácilmente su aplicación al mismo<sup>47</sup>. Del mismo modo, suelen ser contratos instantáneos: se celebran y se ejecutan en el mismo lugar, en la feria, en el puerto en el mercado, advierte B. ANCEL<sup>48</sup>. La explicación es razonable y sensata. No obstante, dicha explicación sólo funciona, lógicamente, cuando el lugar de celebración del contrato es previamente conocido por los contratantes, esto es, cuando éstos son perfectamente conscientes de que firman un contrato con arreglo a la Ley del país donde se celebra y, en realidad, ambos tienen la voluntad de que su contrato quede sujeto a dicha Ley. Esta explicación es, en verdad, sumamente brillante.

**36.** Una segunda explicación la proporciona, con gran sagacidad, ROCHUS CURTIUS, jurista nacido en Ticino, consejero en el Senado de Milán, fallecido en 1495, en su obra *Tractatus utriusque juris*: la aplicación de la *lex loci celebrationis* se explica porque las partes “han consentido implícitamente en

<sup>45</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 104.

<sup>46</sup> K. H. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat und Strafrecht bis Bartolus*, vol.II, 1916, pp. 84 y 135 ss.

<sup>47</sup> O. KAHN-FREUND, «The growth of internationalism in English Private International Law», Jerusalem, Magnes Press, 1960, p. 50; M. VIRGÓS SORIANO, «Obligaciones contractuales», en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS (Dir.), *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1995, pp. 144-108, esp. p. 158; M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5302-5303, esp. p. 5292. La contratación en ferias y mercados estaba ya bien regulada en Derecho romano y dicha tradición continuó durante toda la Edad Media, como indica C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, “Algunas consideraciones sobre las ferias y los mercados en Derecho Romano y su recepción en Derecho español”, *Revista jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, vol. 13, n. 2, 2016, pp. 139-163.

<sup>48</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 104: “Le commerce des foires s'est considérablement développé à partir du XII siècle au point de constituer un véritable réseau férial par l'interconnexion de ces marchés périodiques et organisés. Ces marchés, par définition, concentrent une forte activité contractuelle et peu à peu génèrent leurs propres usages et règles pour adapter leurs modes de fonctionnement aux exigences économiques: instruments de l'échange, les contrats qui sont conclus dans les foires, les contrats de vente qui prévoient la livraison en foire et les contrats de transport de marchandises à destination d'une foire sont soumis aux juridictions et aux coutumes de la place concernées. L'idée -qui n'est pas encore périmée- est au fond qu'est applicable la loi du marché à toute opération qui se développe ou se «dénoue» sur cette place, laquelle constitue pour ainsi dire l'ordre juridique vers lequel est tournée l'attention des parties. La liaison avec la juridiction s'observe ici encore sans qu'elle passe nécessairement par la localisation du contrat, mais bien plutôt par la fonction économique de celui-ci”.

la aplicación de dicha Ley<sup>49</sup>. La tesis de ROCHUS CURTIUS se fundaba en la idea, original de BALDO DE UBALDIS, según la cual, cuando un contrato se celebraba en un país, los contratantes se hacían “súbditos voluntarios” (*subditus temporarius*) de dicho país por razón del contrato (*ratione contractus*), explican H. BATIFFOL y G. BALLADORE PALLIERI<sup>50</sup>. A dicha afirmación añade ahora ROCHUS CURTIUS que al haberse hecho súbditos voluntarios de ese país, los contratantes han querido, voluntariamente, que dicho contrato quede sujeto a la Ley de ese Estado. La explicación de ROCHUS CURTIUS, -al parecer, indica E. VITTA, ya sugerida por BARTOLOMEO DA SALICETO, jurista boloñés fallecido en 1411-, es admirable, pues introduce en el razonamiento jurídico el concepto de “voluntad común de los contratantes”. La aplicación de la *lex loci celebrationis* se produce porque, en cierto modo, así lo han querido las partes, apunta G. BALLADORE PALLIERI<sup>51</sup>. En esta argumentación se percibe la incidencia de la voluntad de los contratantes, es evidente. Sin embargo, como expresa H. BATIFFOL, en ningún momento la autonomía de la voluntad conflictual aparece en ROCHUS CURTIUS en su forma pura. Esto es: no se admite sin más la posibilidad de los contratantes de elegir la Ley del contrato, sino que la voluntad de los contratantes se utiliza para explicar la razón de ser de la *lex loci celebrationis*<sup>52</sup>. Sin perjuicio de ello, la semilla ha sido sembrada y aunque tardará siglos en florecer, cuando lo haga, lo hará con una fuerza extraordinaria<sup>53</sup>.

37. Estas dos explicaciones alternativas de la regla *lex loci celebrationis* producen una consecuencia práctica de gran importancia. Como subraya M. VIRGÓS SORIANO, al justificar la regla *lex loci celebrationis* en la previsibilidad de la ley aplicable por las partes, la regla pierde rigidez e imperatividad. Así, la práctica judicial y la doctrina especializada comienzan a admitir excepciones a la regla *lex loci celebrationis*, especialmente cuando los contratantes no han podido prever que la ley aplicable a su contrato es la ley del país de celebración, lo que sucede, normalmente, cuando el lugar de celebración es casual, fortuito o anecdótico<sup>54</sup>. Los juristas, pues, comienzan a aceptar que los contratos internacionales no siempre y en todo caso deben quedar sujetos a la Ley del país de su celebración.

### C) Impacto y difusión de la *lex loci celebrationis*

38. La solución “lugar de celebración del contrato” (*Lex Loci Celebrationis / Lex Loci Contractus*) se emplea desde el siglo XIV hasta el siglo XIX para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales en muchos países europeos y en los Estados Unidos de América. Así, se utiliza en Inglaterra hasta 1865 y sobre todo en ciertos *States* de los Estados Unidos de América por influjo de la teoría de los derechos adquiridos (*Vested Rights*), teoría de raíz holandesa y que fue desarrollada por U. HUBER<sup>55</sup>. Así, todavía hoy, en pleno siglo XXI, el criterio *lex loci contractus* se mantiene en Alabama, Georgia, Maryland, Kansas, New Mexico, North Carolina, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee y Virginia bien como regla única o bien como una de las reglas para fijar la ley aplicable a

<sup>49</sup> A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, París, 1888, p. 205; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, vol.I, 8ª ed., París, LGDJ, 1993, p. 259.

<sup>50</sup> H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, 1938, pp. 12-19; H. BATIFFOL, «Observations sur les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative», *De conflictu Legum. Mélanges offerts à R.D.Kollewijn / J.Offerhaus*, Leyden, Sijthoff, 1962, pp. 5-24; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en “Trattato di diritto civile e commerciale”, Giuffrè, Milano, 1974, p. 292, confirma este punto de vista y añade que la expresión es originaria del gran HUGO GROCIO.

<sup>51</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en «Trattato di diritto civile e commerciale», Giuffrè, Milano, 1974, p. 292.

<sup>52</sup> H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, 1938, pp. 19-23.

<sup>53</sup> M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, parte especial, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 295-376, esp. pp. 303-308.

<sup>54</sup> M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, parte especial, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 295-376, esp. pp. 303-308.

<sup>55</sup> J.D. MC.CLEAN: *Morris: The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 4ª ed., London, 1994, p. 253; O. LANDO, «The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.189, 1984, pp. 225-448, esp. p. 243.



los contratos internacionales<sup>56</sup>. Incluso en el *State* de Nueva York se mantuvo hasta 1954 como la regla principal<sup>57</sup>. En Florida se sigue también el criterio *lex loci contractus* como regla general, aunque en este caso es más que posible que ello sea consecuencia más que de la influencia de las teorías holandesas de los derechos adquiridos, del impacto durante más de trescientos años, de las Partidas españolas de Alfonso X el Sabio. Las Partidas acogieron, como se verá seguidamente, el criterio *lex loci celebrationis / lex loci contractus*. En pleno siglo XIX, autores como T. ASSER, A. WEISS, F. LAURENT y otros todavía defendían la conexión “lugar de celebración” para los contratos internacionales<sup>58</sup>.

#### D) Las Partidas de Alfonso X el Sabio. Jacobo de las Leyes y la *Lex Loci Celebrationis*

39. El primer texto legal positivo de Derecho internacional privado con el que cuenta el mundo es un texto jurídico español. Se trata de las Partidas de Alfonso X el Sabio (circa 1340). Para explorar el origen de estas reglas de Derecho internacional privado presentes en un texto jurídico castellano es preciso realizar un breve *excursus* histórico<sup>59</sup>.

40. En Murcia tuvo lugar la elaboración de la mayoría de las Partidas que constituyen las *Siete Partidas*. Las Partidas alfonsinas son una obra legislativa inmensa. El Rey sabio constituyó una comisión de avezados y prominentes juristas. En tal comisión se integró, entre otros muchos expertos en Derecho, el Maestro JACOBO, llamado “el de las leyes”. Muchos de estos juristas habían estudiado en Italia el Derecho Romano que había sido descubierto en Bolonia sobre el año 1000. En efecto, en la Universidad de Bolonia se enseñaba, fundamentalmente, el *Corpus Iuris Civilis* romano que se había hallado en dicha ciudad. Pues bien, como indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el jurista JACOBO DE LAS LEYES “era italiano, aunque se duda de qué concreto lugar y aparece citado con diversos nombres, como Giacomo di Giunta o similares. Está documentado que Jacobo había estudiado en la Universidad de Bolonia y allí, por las fechas en las que vivió, pudo perfectamente ser alumno de Azzo así como del gran e inmarcesible FRANCESCO DI ACCURSIO, el creador de las primeras normas de conflicto de leyes. Pues bien, Jacobo trajo a España sus conocimientos sobre el Derecho Romano que se estudiaba y enseñaba en Bolonia. También trajo desde Italia a España las primeras normas de conflicto de Leyes, reglas para determinar la Ley aplicable a los hechos y actos jurídicos conectados con más de un Estado. Las normas que había aprendido de ACCURSIO en la Universidad de Bolonia. En efecto, la famosísima glosa de ACCURSIO (= “*Quod si Bononiensis Mutinae conveniatur non debet iudicari secundum statuta Mutinae quibus non subest, cum dicat: quos nostrae clementiae regit imperium*”) es la madre de todas las normas de conflicto, es el germen, la raíz, el origen, es la idea matriz, es la antorcha que arroja la luz que ilumina la oscuridad”.

41. Parece claro que JACOBO DE LAS LEYES introdujo las primeras normas de conflicto de leyes de la historia del Derecho español en las Partidas gracias a su conocimiento de la Glosa de ACCURSIO (circa

<sup>56</sup> Vid. *Choice of Law Standards Re: Insurance Coverage*, septiembre 2016, texto en: [https://www.tresslerllp.com/docs/default-source/Publication-Documents/50\\_state\\_choice\\_of\\_law\\_standards\\_re\\_insurance\\_coverage.pdf?sfvrsn=0](https://www.tresslerllp.com/docs/default-source/Publication-Documents/50_state_choice_of_law_standards_re_insurance_coverage.pdf?sfvrsn=0).

<sup>57</sup> J.D. MC.CLEAN: *Morris: The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 4ª ed., London, 1994, p. 253.

<sup>58</sup> F. VISCHER, “The Antagonism between Legal Security and the Search of Justice in the Field of Contracts”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1974, vol.142 pp. 1-70, esp. p. 35; Id., “The concept of the Characteristic Performance Reviewed”, *E pluribus Unum / Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520, esp. p. 501.

<sup>59</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Las primeras normas de conflicto escritas de la Historia. Bolonia, Murcia y Jacobo de las Leyes”, *Accursio DIP Blog*, 9 abril 2015, <http://accursio.com/blog/?p=120>. El texto de las Siete Partidas (texto íntegro) se puede consultar en = [https://archive.org/stream/lassietepartidas01castuoft/lassietepartidas01castuoft\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/lassietepartidas01castuoft/lassietepartidas01castuoft_djvu.txt). Una versión posterior, más elaborada, se encuentra en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, „Las primeras normas de conflicto escritas de la Historia. Bolonia, Murcia y Jacobo de las Leyes“, en *Reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado*, Ed. Derecho y Letras - Rapid Centro Color, Murcia, 2022, pp. 1-4. Vid. también A. PÉREZ MARTÍN, “Jacobo de las leyes: Ureña tenía razón”, *Anales de Derecho*, nº 26, 2008, pp. 251-273 (texto en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/viewFile/113171/107241>).

1228) y de las aportaciones de otros glosadores italianos. Es así que las Partidas alfonsinas, indica F.K. JUENGER, contienen las primeras normas de conflicto de leyes con rango legal de todo el mundo y puede afirmarse que tales normas de conflicto fueron elaboradas en la ciudad de Murcia por JACOBO DE LAS LEYES<sup>60</sup>. Las partidas eran fuertemente territorialistas y legefóristas, de modo que los jueces del Rey aplican sólo el Derecho de su rey. Es un rasgo del feudalismo, muy presente todavía en España en el siglo XIII. Así puede verse en la Partida Primera, título I, ley XV<sup>61</sup>. Ahora bien, había ciertas y muy llamativas excepciones. Algunas normas de conflicto de leyes permitían aplicar leyes de otros lugares. Así, la ley que regía el régimen de bienes matrimoniales era la ley del lugar de celebración del matrimonio (Partida IV, título XI, Ley 24: “*costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento*”) y la Ley aplicable a los contratos era la Ley del país donde éstos habían sido celebrados (*Lex loci celebrationis*) (Partida Tercera, Ley 15, Tít. 14 : “... fueras ende en contienas que fuessen entre omes de aquella tierra, sobre pleyto, o postura que ouiesse fecho en ella, o en razón de alguna cosa mueble, o raiz de aquel logar... Ca estonce, maguer estos estraños contendiessten sobre aquellas antel Juez de nuestro senorio, bien pueden recibir la prueua, o la ley, o el fuero de aquella tierra, que alegaren antel, e deuese por ella auerigar, e delibrar el pleyto”<sup>62</sup>). Podría decirse que las Partidas eran, en general, territorialistas y feudales por parte del Derecho castellano pero, al mismo tiempo, eran estatutarias e italianas en lo que se refiere a ciertas normas de conflicto importadas desde Bolonia y que se presentaban abiertas a la aplicación de un Derecho que no era el castellano.

## 2. El declive del criterio “lugar de celebración del contrato”

42. El criterio de la Ley del país de celebración del contrato funcionaba bien cuando los contratos internacionales se celebraban en lugares físicos perfectamente identificados a los que los contratantes acudían, precisamente, a concluir contratos y transacciones varias. En tales casos, el criterio conducía a una Ley de previsible aplicación para todos los implicados en el contrato, como apunta M. VIRGÓS SORIANO<sup>63</sup>. Es decir, en aquellos tiempos, la solución era eficiente para los contratantes desde un punto de vista conflictual. Todos los comerciantes que acudían a una feria, puerto o mercado, podían perfectamente prever que la Ley del país donde estaba sita la feria, el puerto o el mercado era aplicable al contrato. Los contratos de larga duración no existían ni tampoco los contratos celebrados a distancia.

43. Sin embargo, en un mundo cada vez más internacionalizado, el lugar de celebración del contrato no es ya un buen punto de conexión, no es un modelo poderoso de *rational choice* para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Ello se produce por varias razones.

<sup>60</sup> F.K. JUENGER, “A Page of History”, *Mercer Law Review*, n. 35, 1984, pp. 419-460; F.K. JUENGER, “Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos”, en Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado Balance y perspectivas de una década. IV jornadas Derecho internacional privado, Madrid, CESSJ R.Carande, 1995, pp. 35-58. Las aportaciones de JACOBO DE LAS LEYES en el campo contractual fueron numerosas, como subrayan C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ / M.J. AZAUSTRE FERNÁNDEZ, “Ejecución de sentencias en Jacobo de las Leyes y Partidas alfonsinas. Fundamentos romanistas”, (de próxima publicación), 2021.

<sup>61</sup> Código de las Siete Partidas, Partida Primera, título I, ley XV: “*Como deben obedescer las leyes, y juzgarse por ellas: Todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes, sobre que las el pone, son tenudos e las obedescer e guardar e juzgarse por ellas, e no por escrito de otra ley fecha en ninguna manera. E el que la ley fase, es tenuto de la facer complir: E eso mismo decimos de los otros que fueren de otro señorío, que ficiesen el pleyto, o postura, o yerro en la tierra do se juzgase por las leyes; ca maguer sean de otro lugar non pueden ser escusados de estar á mandamiento dellas, pues que el yerro ficiesen, onde ellas han poder: é aunque sean de otro señorío, non pueden ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorío, en cuya tierra oviesen fecho alguna destas cosas. E si por ventura ellos fuesen rebeldes que no lo quisiesen facer de su voluntad, los jueces é las justicias los deben costreñir por premia que lo fagan, así como las leyes de este nuestro libro mandan. Otrosí decimos que está bien al facedor de las leyes en querer vevir segund las leyes, como quier que por premia no sea tenuto de lo facer*”.

<sup>62</sup> Texto extraído de M. AGUILAR NAVARRO (dir.), *Textos y materiales de Derecho internacional privado*, vol.I (textos y documentos), Fac. Derecho, Madrid, 1970, p. 20.

<sup>63</sup> M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales” en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-208; ID., “Art. 10.5 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dirigidos por M. Albaladejo y S.Díaz Alabart)*, 2ª ed., tomo I, vol.3º, Ed.Revista de Derecho privado, Madrid, 1995, pp. 609-694; ID., “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios Menéndez*, Madrid, 1996, IV, pp. 5289-5309.

En primer lugar, el lugar de celebración del contrato puede ser meramente casual o fortuito y así lo puso de relieve F.K. VON SAVIGNY<sup>64</sup>. El criterio del lugar de celebración del contrato puede, en tales casos, conducir a la aplicación de un Derecho que resulta inesperado para los contratantes. Ello les comporta costes elevados de información jurídica. La transacción, entonces, se hace costosa. El criterio del lugar de celebración del contrato penaliza el intercambio, lo entorpece e incluso, en ocasiones, lo impide.

En segundo término, es frecuente que el contrato se celebre por correspondencia o medios similares o con intermediación bancaria, circunstancias que dificultan la precisión del lugar donde el contrato se ha celebrado. El criterio se vuelve inseguro y complejo, porque para saber dónde se ha celebrado el contrato es preciso desarrollar una auténtica “gimnasia mental”, indica O. KAHN-FREUND<sup>65</sup>.

En tercer lugar, en todo caso, el lugar de celebración es un elemento externo a la estructura del contrato (= no tiene nada que ver con el intercambio de bienes económicos). Ello significa que los contratantes conceden mayor importancia al lugar de ejecución de las obligaciones o al lugar de su sede comercial que al lugar de la celebración de contrato.

En cuarto lugar, el lugar de celebración puede ser buscado de modo fraudulento por las partes para hacer válido un contrato que, en otras circunstancias, hubiera sido nulo, como han demostrado J.D. MC.CLEAN / MORRIS<sup>66</sup>.

En quinto término, el lugar de celebración del contrato no existe hasta que el contrato se ha celebrado. Por ello, cuando se discute si existe contrato o no existe, no se puede acudir la Ley del lugar donde el contrato se ha celebrado porque no se sabe si se ha celebrado o no dicho contrato. El criterio del lugar de celebración del contrato se transforma en un círculo intelectual sin principio ni fin, en una trampa mental. El Derecho internacional privado necesita criterios estables, sencillos y transparentes para precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales, de modo que los contratantes puedan saber, *ex ante*, cuál es la ley que se aplica a sus obligaciones jurídicas derivadas del contrato. La regla del lugar de celebración del contrato comienza a volverse problemática y poco operativa.

**44.** Por las cinco razones anteriores, el punto de conexión “lugar de celebración del contrato” pierde valor como conexión para indicar la Ley reguladora de los contratos internacionales: conduce a Leyes imprevisibles por los contratantes y a veces es muy complicado fijar cuál es el lugar de celebración del contrato. Por estos motivos, el punto de conexión “lugar de celebración del contrato” pierde, lentamente, su valor localizador. Su utilidad como conexión se reduce porque conduce a una Ley con arreglo a la cual el cumplimiento de las obligaciones es innecesariamente costoso y la resolución de los litigios es innecesariamente costosa. La doctrina se lanza entonces a la búsqueda de criterios alternativos. La erosión de la regla *lex loci celebrationis* no se produce de la noche a la mañana, sino que constituye un proceso muy complejo y muy extendido en el tiempo.

## V. Ley aplicable a los contratos internacionales en la Edad moderna y contemporánea

### 1. El lugar de ejecución de las obligaciones contractuales

#### A) La tesis escisionista de Bartholo de Sassoferrato

**45.** El primer jurista en cuestionar la aplicación exclusiva a los contratos internacionales de la *lex loci celebrationis* fue el gran BARTHOLO DA SASSOFERRATO, insigne comentarista del Derecho romano, al que se atribuye la creación de la famosa “teoría de los estatutos. Muchos juristas posteriores lo consideraron el primer gran creador de un sistema de Derecho internacional privado, si bien otros lo

<sup>64</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol.VIII, edición facsimil de Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 1417-1419.

<sup>65</sup> O. KAHN-FREUND, “The growth of internationalism in English Private International Law”, Jerusalem, Magnes Press, 1960, pp. 332-333, cuyas ideas son muy bien analizadas por T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 854.

<sup>66</sup> D. McCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 253.

estimaron como un mero compilador o sistematizador de soluciones ya existentes. Nacido en 1313, se formó en el *Studium* de Perugia y fue discípulo de CINUS DE PISTOIA. Posteriormente marcha a Bolonia, donde estudia con IACOPO BUTRIGARIO, gran glosador del Digesto, y se convierte en profesor en el *alma mater bononiensis*. El ilustre maestro italiano entiende que en relación con la sustancia de los contratos (*ipsius litis decisio*), hay que distinguir, como muestra B. ANCEL<sup>67</sup>.

En primer lugar, por un lado, la “formación y efectos naturales del contrato” (*quae oriuntur secundum ipsius contractus naturam tempore contractus*), son cuestiones que deben quedar sometida a la Ley del país de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*). para ello, BARTHOLO se basa en la citada Ley *Si Fundus* del Digesto.

En segundo lugar, por otra parte, las “consecuencias irregulares del contrato” (*quae oriuntur ex postfacto propter negligentiam aut moram*), como las que derivan de la inejecución del mismo, la mora o la prescripción, deben quedar sujetas a la Ley del país de ejecución del contrato (*lex loci executionis*), y si éste no puede determinarse, por la Ley del país al que pertenece el juez que conoce del asunto (*lex fori*)<sup>68</sup>. Esta entrada en escena del “lugar de ejecución del contrato” como criterio para hallar la Ley aplicable responde a la idea de que dicho lugar nunca es casual, caprichoso, accidental o fortuito. Es un lugar que conduce a una Ley perfectamente previsible por las partes, pues, además, dicho lugar suele establecerse por los mismos contratantes en su contrato.

**46.** La distinción entre “efectos inmediatos del contrato” y “consecuencias del contrato”, y la nueva solución de Derecho internacional privado para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales forjada por BARTHOLO DA SASSOFERRATO, es acogida también por BARTOLOMEO DA SALICETO, jurista boloñés (1363-1412)<sup>69</sup>. Del mismo modo se pronunció BURGUNDUS, como recuerda O. LANDO<sup>70</sup>.

**47.** Otro autor que sigue fielmente la distinción de BARTHOLO DA SASSOFERRATO es el francés LOUIS BOULLENOIS, ya en el siglo XVIII, en su obra, fechada en 1727, titulada *Démissions de Biens*. No obstante, en 1766 da un paso más audaz en su obra *Traité de la personnalité et de la réalité des loix*, en la que toma en cuenta la postura del holandés N. BURGUNDUS: la Ley del país de celebración del contrato rige sólo y exclusivamente las condiciones de validez de los contratos, mientras que todos los efectos de los contratos están regidos por la Ley del país de ejecución<sup>71</sup>. La aplicación de la *lex loci celebrationis* a las condiciones de validez del contrato la encuentra LOUIS BOULLENOIS en la idea de que dicha Ley ha sido implícitamente elegida por los contratantes, siempre que el lugar de celebración no fuera fortuito. La idea no es original de L. BOULLENOIS: como se ha dicho, fue elaborada primeramente por ROCHUS CURTIUS y profundizada después, como se verá, por CH. DU MOULIN.

**48.** La importancia dada por BARTHOLO DA SASSOFERRATO al lugar de ejecución tuvo gran influencia en construcciones posteriores y perduró durante muchos años. En efecto, se trata de una tesis nacida en el siglo XIV que llega hasta el siglo XIX como visión dominante para determinar la Ley aplicable a

<sup>67</sup> B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, pp. 149-150.

<sup>68</sup> H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé I*, Paris, LGDJ, 1993, p. 374. Según E.M. MEIJERS, la famosa distinción de BARTHOLO DA SASSOFERRATO se encuentra ya en GUILLAUME DE CUN, que fue profesor en Toulouse en el siglo XIV. *Vid.* E.M. MEIJERS, «L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1934, vol.49, pp. 543-686, esp. p. 601; J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho internacional privado, parte general (introducción, historia doctrinal y codificación)*, Ed. secc.publ. Fac.Derecho Univ.Complutense, Madrid, 1992, pp. 305-306; A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, (dos vols.), Paris, 1888, esp. pp. 135-137; O. LANDO, «The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.189, 1984, pp. 225-448, esp. p. 241.

<sup>69</sup> A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol. I, pp. 178-181; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 259. J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho internacional privado, parte general (introducción, historia doctrinal y codificación)*, Ed. secc.publ. Fac. Derecho Univ.Complutense, Madrid, 1992, pp. 305-306.

<sup>70</sup> O. LANDO, «The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.189, 1984, pp. 225-448, esp. p. 241.

<sup>71</sup> L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des loix*, Paris, 1766, tomo II, p. 451.

los contratos internacionales. No faltan hoy autores que siguen estimando, con buenas dosis de razón, que el “valor conflictual” del lugar de ejecución supera con mucho al lugar de la residencia del prestador característico, como han destacado P. MAYER / V. HEUZÉ<sup>72</sup>.

## B) El “sistema de los dos derechos” de F.K von Savigny

49. El incomparable jurista prusiano F.K. VON SAVIGNY entendió, ya en el siglo XIX, que el lugar de ejecución era la “sede natural” de las obligaciones, y que nunca sería un lugar fortuito o ajeno a la dinámica del contrato. En consecuencia, defendió el punto de conexión del lugar de ejecución (*lex loci executionis*: “*Erfüllungsort*”) como el criterio perfecto para determinar la Ley reguladora de los contratos internacionales, explica T. BALLARINO<sup>73</sup>. Estimaba F.K. V. SAVIGNY que el lugar de ejecución era determinado por los contratantes en su contrato, por lo que reflejaba, en cierto sentido, su voluntad<sup>74</sup>. La doctrina de F.K. VON SAVIGNY influyó en la jurisprudencia de varios países, como Suiza y Alemania. Cuando el lugar de cumplimiento no era único y cada parte debía cumplir sus obligaciones en su país F.K. VON SAVIGNY, a partir de presupuestos tomados del Derecho romano clásico, entendía que la obligación era un vínculo invisible entre dos partes, de modo que para una de ellas (= el acreedor) era una extensión de su libertad, mientras que para la otra (= el deudor), era una restricción a su libertad. Las obligaciones existen para ser cumplidas, de modo que las partes focalizan su atención en la ejecución de las obligaciones y en el lugar en el que éstas deben ser cumplidas (= *locus executionis*). Si el contrato contiene diversas obligaciones y cada una de ellas se debe ejecutar en un país distinto, entonces F.K. VON SAVIGNY recurre, de nuevo, al Derecho Romano y subraya que en dicho venerable ordenamiento jurídico, era frecuente que el contrato se formara por el concurso de varias estipulaciones diferentes. De ahí deduce que son las “obligaciones” y no los “contratos” las relaciones jurídicas cuya “sede espacial” debe localizar la norma de conflicto. En Derecho Romano clásico, en efecto, el concepto de “contrato” es difuso y no aparece bien construido. De hecho, el concepto de “contrato” es tardío y el Derecho Romano conoce también otros conceptos, como “pacto” y “convención” (= acuerdos que no surten vinculación jurídica), más difundidos que el concepto de “contrato”. Lo importante son, en Derecho Romano, las obligaciones que derivan de las *stipulationes* pronunciadas por una persona frente a otra persona, respecto de la que se obliga. Por ello, según F.K. VON SAVIGNY, es posible y “natural”, que cada obligación se localice en su propio país de ejecución, y que se produzca, en su caso, una división legal (*splitting*) del contrato en obligaciones regidas por Leyes diferentes según el país en cuyo territorio deben ser ejecutadas. En desarrollo de este planteamiento, describen T. BALLARINO / A. BONOMI, cuando

<sup>72</sup> P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, p. 534: «*la raison mise en avant pour le choix de cette présomption est qu'elle constitue le centre de gravité et la fonction socio-économique du contrat. Cette considération serait convaincante si l'on avait retenu le lieu d'exécution de la prestation caractéristique. Mais cette solution a été écartée en raison des possibles difficultés d'identification de ce lieu. Le critère de la résidence, qui lui est substitué, est incontestablement moins révélateur du centre de gravité de l'opération*».

<sup>73</sup> T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 849-859.

<sup>74</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol. VIII, edición facsimilar de Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 1417-1419: «*toda obligación, en efecto, resulta de hechos visibles, toda obligación se cumple por hechos exteriores, unos y otros se verifican necesariamente en un lugar. Así pues, para determinar el asiento de la obligación y la jurisdicción especial llamada a conocer de ella tenemos que elegir entre el lugar en que la obligación nace y el lugar en que se cumple, entre su principio y su fin. (...) No será en modo alguno al primero que es en sí un hecho accidental, fugitivo, extraño tanto a la esencia de la obligación como a su desenvolvimiento ya su eficacia ulterior (...) No sucede lo mismo con el cumplimiento, que se refiere a la esencia de la obligación. En efecto, consiste ésta en hacer cierta y necesaria una cosa antes incierta y sometida al libre arbitrio individual. Ahora bien, lo que llega a ser necesario y cierto es precisamente el cumplimiento de la obligación (...) por tanto es esencial para la obligación que el lugar del cumplimiento se considere como asiento de la misma y que en este lugar se coloque la jurisdicción especial de ella en virtud de la sumisión libre (...). El lugar del cumplimiento está siempre determinado por la voluntad directa de las partes, voluntad que puede ser expresa o tácita (...) la voluntad, la esperanza y la sumisión libre de las partes se refieren en realidad al asiento permanente de esta gestión (...)*». Vid. J. DOLINGER, “Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2000, vol. 283, pp. 187-512, esp. p. 370. También de modo muy perspicaz, T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, p. 583.

el lugar de cumplimiento no era único y cada parte debía cumplir sus obligaciones en su país, entonces la jurisprudencia alemana apostó por el famoso “sistema de los dos derechos” (“*zwei Rechte System*”), en virtud del cual, a falta de designación expresa o hipotética de las partes relativa al lugar de cumplimiento de las obligaciones, éstas quedaban sujetas al lugar de su respectivo cumplimiento (“*Erfüllungsort*”)<sup>75</sup>. Si cada parte debía cumplir en el país de su sede, entonces las obligaciones de cada parte quedaban regidas por ordenamientos jurídicos diferentes. El sistema, defendido por F.K. VON SAVIGNY sobre la base de su conformidad con el Derecho romano, fue acogido también en Suiza, como se verá más adelante (“sistema de las *coupures*”). Tras el planteamiento de F.K. VON SAVIGNY, posteriormente defendido por autores como VON BAR, late la idea de la aplicación conjunta de las leyes nacionales de los contratantes sobre la base de las expectativas de éstos en adecuar sus comportamientos a “su” ley, conocida, *a priori*, por cada uno. Y aún más atrás puede detectarse un rastro del Derecho romano, con arreglo al cual los acuerdos son el producto de “estipulaciones” distintas, una por cada contratante, y que cada contratante emitía su estipulación con arreglo a su propia Ley.

**50.** A partir de la segunda mitad del siglo XIX, los tribunales germanos adoptan el criterio señalado en los contratos bilaterales, “los dos Derechos”. Posteriormente, la jurisprudencia alemana comprende que el sistema presenta fallos. En efecto, aplicar dos Derechos estatales distintos a las obligaciones derivadas del mismo contrato, especialmente si se trata de obligaciones sinalagmáticas, puede conducir a fuertes incongruencias. Podría suceder, por ejemplo, que con arreglo al Derecho del lugar donde el comprador debe pagar el precio, el contrato sea nulo, y por tanto el pago no deba realizarse, mientras que con arreglo al Derecho del lugar donde el vendedor debe entregar la mercancía, el contrato sea válido y la mercancía deba, efectivamente, entregarse a un comprador que no está obligado a pagar nada por ella. Por ello, los tribunales teutones apuestan por volver a la unidad: debe aplicarse al contrato la Ley del lugar de ejecución de la prestación del deudor, que solía ser la Ley del país donde tenía domicilio dicho deudor. Dicha coincidencia se producía por el juego de las reglas del derecho sustancial y procesal alemán, ya que, de acuerdo con éstas, el deudor, como regla general, debía realizar su prestación en el lugar de su residencia. Los mismos criterios eran utilizados, con idénticos resultados, en los países escandinavos, especialmente en Suecia.

### C) La tesis de las *coupures* del contrato de la jurisprudencia suiza

**51.** La jurisprudencia suiza, a partir de las tesis de BARHOLO DA SASSOFERRATO, de la posición de F.K. VON SAVIGNY y de la jurisprudencia alemana, adoptó su famosa teoría de las *coupures* del contrato. El Tribunal Federal de Lausanne acoge una “*grande coupure*” (“gran separación”) en cuya virtud las partes eligen la Ley reguladora de los “efectos del contrato”, mientras que la validez y formación del contrato es sometida necesariamente a la ley del *lex loci celebrationis*, ley del lugar de celebración del contrato. Éste es el primer fraccionamiento del contrato (*grande coupure*).

Al anterior se añade posteriormente una “*pequeña coupure*” (pequeña separación): las obligaciones que nacen del contrato, en el caso de que hayan de ser ejecutadas en Estados diferentes, se deben sujetar a las leyes de los lugares de ejecución de las mismas, como explica la doctrina<sup>76</sup>.

A partir de 1952 (caso *Chevalley v. Genimportex S.A.*) el Tribunal Federal Suizo citado cambia su actitud. Con esta sentencia finaliza la “*pequeña coupure*” de modo que los efectos del contrato pasan a quedar regidos por la *lex contractus*. Tras la sentencia de 12 febrero 1952 del Tribunal Federal Suizo, la *grande coupure* sufre un severo correctivo, pues la conclusión y los efectos del contrato serán regidos por la misma ley. El abandono de esta “gran escisión” estuvo motivado por los problemas calificadorios

<sup>75</sup> T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1982, pp. 849-859.

<sup>76</sup> Vid. A.F. SCHNITZER, «Les contrats internationaux en droit international privé suisse», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1968, vol.123, pp. 541-636, esp. pp. 547-549; Id., *Handbuch des internationalen Privatrech*, Basilea, 1944, pp. 515-520; G. CAVALLERA, «La convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali ed il sistema italiano di diritto internazionale privato», *Foro Padano*, 1985, II, pp. 253-254; A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi des contrats en droit international privé*, París, 1972, pp. 494-500.

que conllevaba la regla. En efecto, no era sencillo distinguir entre cuestiones atinentes a la formación del contrato y efectos del mismo<sup>77</sup>. La jurisprudencia suiza vuelve a la unidad de la Ley de contrato: un contrato, una Ley aplicable.

#### D) Territorialidad y jurisprudencia norteamericana

52. En los Estados Unidos de América, diversos States siguieron la tesis de la escisión del contrato creada por BARTHOLO DA SASSOFERRATO. En el caso *Scuder v. Union National Bank of Chicago* (Justice Hunt, 1875), se declara que las materias relacionadas con la interpretación y validez del contrato (= “creación” de las obligaciones) son reguladas por la *lex loci celebrationis*, mientras que las atinentes a la realización de las prestaciones (= “efectos de contrato”) se sujetan a la *lex loci executionis*. Tal planteamiento influyó en el posterior *Restatement* de 1934. La explicación a esta tendencia en los Estados Unidos radica en la poderosa influencia de la doctrina holandesa en la práctica jurídica norteamericana. La doctrina holandesa repercutió en el Reino Unido y posteriormente cruzó el océano atlántico con destino a los Estados Unidos. Los holandeses, con ULRİK HUBER a la cabeza, eran profundamente territorialistas. Pensaban que la soberanía de un Estado debía cubrir, controlar y regular todo lo que acontecía en el territorio del Estado. Como explica inmejorablemente E.G. LORENZEN, resulta que U. HUBER, por influjo de CH. DU MOULIN, sostenía que el contrato se debe regir por la Ley elegida expresa o implícitamente por las partes, pero sólo como punto de partida. A la hora de la verdad, estimaba U. HUBER que si el contrato se celebraba en un país, la ley de ese país era aplicable a la formación del contrato y si se ejecutaba en otro, la ejecución de las obligaciones contractuales debía regirse por la Ley del país de ejecución<sup>78</sup>.

### 2. El declive del criterio “lugar de celebración del contrato”

53. No obstante, la solución *lex loci executionis* presentaba numerosos problemas. En primer lugar, la mayor parte de los contratos son sinalagmáticos y si deben ejecutarse en países diferentes, existirán distintos lugares de ejecución. La pluralidad de lugares de ejecución impide hallar una Ley única rectora del contrato: cada obligación se rige por la Ley del país de su ejecución, lo que no es una solución satisfactoria. De hecho, aunque fue la solución acogida en el siglo XIX en Alemania, la jurisprudencia de dicho país, como se ha visto, cada vez se mostraba más reacia al criterio porque el contrato puede quedar sujeto a un régimen jurídico incoherente.

54. En segundo lugar, además, en ocasiones, el lugar de ejecución puede ser meramente coyuntural, casual, anecdótico, fortuito, como ocurre con las entregas de mercancías en países que no son ni el país de la sede del vendedor ni el país de la sede del comprador o con el pago del precio en bancos especializados en el comercio exterior situados en países que nada tienen que ver con el contrato en cuestión, según ponen de relieve D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> P.M. PATOCCHI, «Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel», en *Études suisses de droit (International schweizer studien zum internationalen recht)* (publiées par la société suisse de droit international), vol. 42. Genève, 1985, pp. 56-59 (en relación con la incidencia de la *lex loci executionis*) y p. 99-101 (en relación con la teoría suiza de las *coupures*).

<sup>78</sup> E.G. LORENZEN, “Huber’s De Conflictu Legum”, *Yale Law Review*, 1919, pp. 199-242, esp. p. 208: “The principle that the will of the parties, expressed or implied, was the controlling consideration was accepted also by the Dutch writers. In conformity with this view a contract might have extraterritorial operation and affect immovable property in another state. Mandatory provisions of the situs would, of course, prevail. Nor could effect be given to the expressed or implied intention of the parties if it ran counter to prohibitory statutes of the forum or its laws establishing a public policy. Huber appears to accept these views. He holds, however, relying on the Roman maxim “*contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret, se obligavit*” that where the place of performance differs from the law of the place where the contract was entered into, the parties will be deemed to have contracted with reference to the law of the place of performance”.

<sup>79</sup> D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE, *Droit international privé*, París, Masson, 1987, pp. 592-600.

55. En tercer lugar, el lugar de ejecución puede no venir determinado por las partes en su contrato, con lo que se necesita precisar el Derecho que debe concretar dónde se ubica el lugar de ejecución de las obligaciones. El proceso se vuelve muy complicado, pues resulta circular<sup>80</sup>. El punto de conexión “lugar de ejecución” en estos casos se vuelve costoso: no ofrece una solución clara, directa y operativa.

56. En cuarto término, explican J.D. McCLEAN & K. BEEVERS, el criterio no opera correctamente cuando los contratantes fijan lugares de cumplimiento opcionales, lo que es frecuente en las transacciones internacionales ni con los contratos que contienen prestaciones de no hacer<sup>81</sup>.

57. En quinto lugar, la distinción que realizase BARTHOLO DA SASSOFERRATO entre “efectos naturales del contrato” y “consecuencias del contrato” no es clara y nunca lo fue. Sus discípulos eran conscientes de ello y si no abandonaron la famosa distinción de BARTHOLO DA SASSOFERRATO fue para no contrariar al maestro. Bien hecho, los maestros deben ser siempre respetados, pero se pagó un alto precio por ello: se mantuvo durante muchos años el criterio “lugar de ejecución” aunque era claro, casi desde el principio, que no era el mejor punto de conexión posible para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales.

58. Por las razones anteriores, puede afirmarse que el criterio *lex loci executionis* puede comportar que, con frecuencia, las partes no puedan prever con facilidad cuál es la Ley aplicable a su contrato. El criterio se vuelve inseguro, inestable y no proporciona seguridad a las partes sobre cuál es la Ley aplicable a su contrato. Se vuelve un criterio técnicamente ineficiente. Otras propuestas surgen.

## 2. La autonomía de la voluntad conflictual. De Charles DuMoulin hasta el siglo XXI

### A) La elección de la ley aplicable al contrato por las partes: el criterio principal

59. A la hora de fijar la ley aplicable a los contratos internacionales, como se ha visto, desde el siglo XIII al siglo XIX prevaleció el criterio “lugar de celebración del contrato”. Ya desde el mismo siglo XIV comenzó a darse entrada al criterio “lugar de ejecución de las obligaciones”, de modo que en el siglo XIX era el criterio mayoritario seguido por la jurisprudencia inglesa, norteamericana, holandesa, suiza y alemana. Sin embargo, como se ha visto, pronto este criterio también presentó carencias y suscitó críticas. Ahora bien, siempre ha habido heterodoxos. Así que bienvenidos al gran heterodoxo: el gran jurista francés CHARLES DU MOULIN.

60. CH. DU MOULIN había abierto otro camino paralelo al criterio *lex loci celebrationis* ya en el siglo XVI. Nació en París en 1500 y falleció en 1566. Fue abogado del Tribunal de París, y uno de los mayores maestros de toda la historia del Derecho internacional privado<sup>82</sup>. Sus contribuciones para hallar un punto de conexión satisfactorio, operativo, simple y eficiente que permitiese fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales pueden concretarse en varios puntos, según exista o no exista una elección de Ley aplicable al contrato por las partes.

### B) El *Consilium LIII* de 1524 y la Ley elegida por los contratantes

61. Es preciso arrancar de la célebre consulta que se efectuó a CH. DU MOULIN sobre cuál era, a su juicio, la ley aplicable al régimen económico matrimonial. En los siglos XII y XIII, los estatutarios indica-

<sup>80</sup> M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios Menéndez*, Madrid, 1996, IV, pp. 5289-5309, esp. p. 5302.

<sup>81</sup> J.D. McCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 254.

<sup>82</sup> A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol. I, París, 1888, pp. 228-231; J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho internacional privado, parte general (introducción, historia doctrinal y codificación)*, Ed. secc.publ. Fac.Derecho Univ.Complutense, Madrid, 1992, p. 328.



ron que los efectos del matrimonio debían regirse por la Ley del país de celebración del matrimonio, por similitud con los contratos. Ésa era la opinión de G. DURANT, P. DE BELLEPERCHE, CINUS DE PISTOIA y JEAN FABRE. Al fin y al cabo, el matrimonio se consideraba un contrato y el régimen económico del matrimonio era, simplemente, un efecto legal del contrato de matrimonio. Esta tesis fue seguida en España por la Partida IV, título XI, Ley 24, que indica que debe aplicarse al régimen económico matrimonial la “*costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento*”. Pues bien, frente a ello, frente a la ley del lugar de celebración del matrimonio, CH. DUMOULIN afirma que el régimen económico del matrimonio es un contrato celebrado entre los cónyuges que debe regirse por la Ley elegida, expresa o tácitamente, por los cónyuges.

**62.** Con un *approche visionnaire*, en palabras de B. BOURDELOIS, considera CH. DUMOULIN que el régimen económico matrimonial constituye un “contrato”<sup>83</sup>. Explica de modo transparente G. PARRA ARANGUREN que en 1524 CHARLES DUMOULIN, en su famosísimo *Consilium LIII* (53) resolvió a sus 23 años el caso de los esposos *De Ganey* en favor de la Ley del primer domicilio conyugal<sup>84</sup>. En este litigio, los herederos de la señora *De Ganey* se preguntaban cuál era la Ley (*coutume*) aplicable a los bienes del matrimonio *De Ganey*, a falta de capitulaciones matrimoniales. En París, donde los esposos *De Ganey* instalaron su domicilio, estaba vigente un régimen de comunidad de bienes (art. 110 *coutume* de París). En Lyon, donde el señor *De Ganey* había adquirido bienes, no existía régimen de comunidad de bienes. CHARLES DUMOULIN considera que el régimen económico matrimonial constituye un “contrato”. En consecuencia, debe aplicarse al mismo la Ley elegida por los cónyuges. CHARLES DUMOULIN indicó que los cónyuges podían elegir dicha Ley de modo tácito o implícito. Subrayó que ambos cónyuges eligieron, tácitamente, la Ley de París como aplicable a su régimen económico matrimonial, y la eligieron al fijar en París el primer domicilio conyugal (*primum domicilium semper inspiciendum*, *Consilium LIII*, núms. 19 y siguientes). Indica DUMOULIN que los cónyuges podían haber excluido la aplicación del régimen de comunidad de bienes parisino mediante la redacción de unos pactos o capitulaciones matrimoniales pero que no lo hicieron. Ello probaba su voluntad en favor de la aplicación del régimen de comunidad de bienes propio del Derecho de París. En suma, CHARLES DUMOULIN estima que existía una elección de Ley aplicable al contrato matrimonial que afectaba a los bienes del matrimonio, elección de Ley ejercitada de forma tácita en favor de la Ley del primer domicilio de los cónyuges. Según DUMOULIN, las normas del Derecho de París se aplican al caso a título de normas pactadas por los cónyuges / contratantes, no como normas pertenecientes al estatuto real. La tesis contraria fue sostenida por B. D’ARGENTRÉ, que defendía la aplicación de la Ley del lugar de situación de los bienes inmuebles [*immobilia reguntur lege loci*], pues entendió que la cuestión afectaba a la “propiedad de los bienes”. Esta célebre “*famosissima quaestio*” se saldó con la clamorosa victoria de Charles DuMOULIN, victoria cuyos ecos duran ya siglos y llegan hasta el siglo XXI (Sent. cour de cassation Francia 14 noviembre 2006 [la Ley rectora de los efectos del matrimonio es la Ley del primer domicilio conyugal])<sup>85</sup>.

**63.** No fue el primero CH. DUMOULIN en recoger la idea de “autonomía de la voluntad conflictual” como criterio para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales, es cierto. Ya lo hizo ROCHUS CURTIUS, el auténtico precursor, tal y como se ha indicado. Sin embargo, CH. DUMOULIN sí es el primero en proponer una norma de conflicto basada en la autonomía de la voluntad conflictual y destinada a fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Por eso, suele decirse que CH. DUMOULIN es el verdadero “inventor” del principio de la “autonomía de la voluntad conflictual” en el campo de los contratos, en expresión de T. BALLARINO / A. BONOMI<sup>86</sup>. En definitiva, el maestro CH. DUMOULIN afirma,

<sup>83</sup> B. BOURDELOIS, “Relations familiales internationales et professio juris”, en *Les relations privées internationales: mélanges en l’honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, lextenso editions Paris, 2014, pp. 137-154; B. BOURDELOIS, “Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]”, *JDI Chonet*, 2007, pp. 934-943.

<sup>84</sup> G. PARRA ARANGUREN, *El régimen de los bienes en el matrimonio en el derecho internacional privado*, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 7-10.

<sup>85</sup> Publicada en *Bulletin*, 2006-I, n. 472, p. 405 Texto en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007053139>.

<sup>86</sup> T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 3ª ed., 1999, p. 22; O. LANDO, «The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.189, 1984, pp. 225-448, esp. pp. 241-243.

en el citadísimo y el famosísimo dictamen de los esposos DE GANEY (1525) que los contratos se deben regir por la Ley elegida por las partes, pues en dicha materia, “*la voluntad de las partes es soberana*”, explica A. LAINÉ<sup>87</sup>. Es soberana en el sentido de que las partes eligen el Derecho que mejor conviene a su contrato. Y, *contrario sensu*, como ha mostrado C. GONZÁLEZ BEILFUSS, la autonomía de la voluntad conflictual despliega siempre una “función negativa” que consiste en descartar las normas jurídicas que no son apropiadas para el contrato que vincula a las partes<sup>88</sup>.

### C) Los criterios subsidiarios y la idea de previsibilidad de la Ley aplicable

64. En segundo lugar, el gran mérito de CH. DU MOULIN es el de proponer soluciones muy satisfactorias a la cuestión de la determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales cuando no existe elección de la Ley aplicable por los contratantes. Acierta CH. DU MOULIN porque estima que la Ley que debe regir el contrato en defecto de elección debe ser una Ley previsible para los contratantes. Es el principio de previsibilidad, que se identifica fácilmente con el principio de proximidad: el contrato debe regirse por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos, que es la Ley que las partes esperan ver aplicada a su contrato.

Para ello CH. DU MOULIN explica con sumo acierto el sentido de la regla *lex loci celebrationis* mediante ejemplos y “escapa” de dicha regla cuando no es satisfactoria, esto es, cuando no satisface el principio de previsibilidad = proximidad y lo hace con varios ejemplos<sup>89</sup>.

Primer ejemplo. Un ciudadano de Tubinga, ocasionalmente de paso por Italia, vende un inmueble sito en Tubinga: la aplicación de la Ley italiana (= *lex loci celebrationis*) no está justificada: debe aplicarse la Ley de Tubinga, porque es la Ley de situación del inmueble y la Ley del país del domicilio del vendedor. En otras palabras: es la Ley del país más vinculado con el contrato, la Ley que las partes esperan ver aplicada al contrato. La Ley italiana no tiene vocación de ser aplicada, porque aunque es en Italia donde se concluye el contrato, dicho lugar de celebración es meramente casual. Las partes no tenían dicha ley en sus cálculos cuando celebraron el contrato.

Segundo ejemplo. Un ciudadano también de Tubinga vende en Tubinga a uno de sus vecinos un inmueble que posee en Ginebra. En este caso, sí es posible aplicar la Ley del país de celebración del contrato (*lex loci celebrationis*): es en este caso cuando tiene sentido aplicar la Ley del país de celebración del contrato, porque las partes esperan ver aplicada dicha Ley, ya que el lugar de celebración no es fortuito, sino que coincide con el lugar de domicilio de las partes. En los dos casos anteriores, CH. DU MOULIN lanza la propuesta de la aplicación de la Ley del domicilio permanente de los contratantes, y concretamente, parece inclinarse, sobre todo, en el primer ejemplo, por la Ley del domicilio del vendedor.

Tercer ejemplo. ¿Qué Ley se aplicará cuando ciudadanos de dos países diferentes contratan entre sí? Habrá que tener en cuenta otras circunstancias: si el vendedor, ciudadano de Tubinga, se traslada a otro país para encontrar un adquirente, hay que entender que tal vendedor se ha informado sobre la Ley del país al que se ha trasladado: dicha Ley es aplicable por ser la Ley que los contratantes esperan ver aplicada. Si, por el contrario, es el adquirente el que se traslada al país de domicilio del vendedor, debe presumirse que renuncia a los derechos previstos en la Ley del país de su domicilio y que acepta la Ley

<sup>87</sup> A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, París, 1888, p. 229.

<sup>88</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de familia”, *REDI*, 2020-1, pp. 101-116, esp. pp. 109-111.

<sup>89</sup> CH. DU MOULIN reformula, en su obra *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus* (Comentario al *Codex* de Justiniano, libro primero, título primero, edición de 1681, tomo III, p. 554), la Ley *Si Fundus*, para evitar su aplicación a casos en los que el lugar de celebración es fortuito: “*non de loco contractus fortuiti sede domicilii prout crebrius usuvenit inmobilia non vendi penegre, sed in loco domicilii*”. El argumento aparece explicado de modo inmejorable en A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, París, 1888, pp. 228-231. Un análisis de la posición de CH. DU MOULIN puede verse 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*, Ed.Colex, Madrid, 2003, ISBN: 84-7879-767-X, pp. 87-119.

del domicilio del vendedor. Dicha Ley es la que los contratantes esperan ver aplicada. Este tercer ejemplo muestra el genio de CH. DU MOULIN. Tras haber afirmado que los contratos internacionales deben regirse por la Ley elegida por las partes, indica que, en estos casos, y a falta de designación de Ley por las partes debe regirse la tesis del riesgo de internacionalidad (*Stream-Of-Commerce*): en la contratación internacional, el contratante que se desplaza a otro país para contratar “hace dejación de su propia Ley”, por lo que debe aplicarse la Ley del país en cuyo mercado opera.

65. En definitiva, CH. DU MOULIN afirma que, en defecto de elección de Ley por los contratantes, deben emplearse criterios que conduzcan a una “Ley previsible por los contratantes”. En ocasiones será más adecuado aplicar la ley del lugar de celebración, y en otras ocasiones será más oportuno aplicar la Ley del lugar del domicilio de las partes, o del vendedor. La previsibilidad de la Ley aplicable para los sujetos privados está muy bien descrita por CH. DU MOULIN. Lo que expresa este autor es la idea de que los particulares esperan ver aplicada la Ley que les genera menores costes de información y comportamiento (= la Ley que les comporta menores costes conflictuales), ya que conocen dicha Ley y están acostumbrados a comportarse con arreglo a dicha Ley (= “*ius est in tacita et verisimiliter mente contrahentium*”): el Derecho aplicable al contrato, a falta de elección del mismo por las partes, está tácita y verdaderamente “en la mente de los contratantes”<sup>90</sup>. Esta idea supone que sujetos racionales e ideales habrían elegido una concreta Ley aplicable a su relación jurídica internacional si se hubieran planteado la cuestión y que esa Ley, aunque no haya sido realmente elegida por las partes, debe regir dicha relación jurídica pues es la Ley que las partes tenían *in mente* cuando entablaron la relación jurídica. Esta idea fue traducida por numerosos expertos y especialmente por la doctrina alemana-, como la “voluntad hipotética de las partes” y, como explica M. VIRGÓS SORIANO, acabó objetivándose. En efecto, la Ley aplicable a un contrato internacional, a falta de elección de Ley por las partes, es una Ley fijada mediante puntos de conexión objetivos (= lugar de celebración del acto jurídico, lugar de situación del bien, lugar del domicilio común, etc.), que conducen a aplicar la Ley estatal que los sujetos protagonistas de la situación privada internacional en cuestión, tenían en su mente como la Ley que debía regir tal situación jurídica<sup>91</sup>. Como es evidente, la Ley que las partes esperan ver aplicada es aquella que tienen *in mente* cuando participan en un contrato internacional, y dicha Ley, precisamente porque “habita en la mente de estos particulares”, es la Ley cuya aplicación les comporta costes menores. Es una Ley estatal que les resulta familiar, cuya aplicación esperan porque no constituye ninguna sorpresa para ellos.

Esta idea de “previsibilidad” de la Ley aplicable a los contratos internacionales ha sido también conectada con la tutela judicial efectiva constitucional. La doctrina norteamericana ha adoptado este enfoque<sup>92</sup>. Así, se ha afirmado que es contraria a la Constitución de los Estados Unidos la aplicación de

<sup>90</sup> A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, París, 1888, vol.I, 1888, p. 229.

<sup>91</sup> M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios Menéndez*, Madrid, 1996, IV, pp. 5289-5309, esp. p. 5293: “... justificando su decisión en una voluntad ‘presunta’ o hipotética (= no real) de las partes, razonablemente deducible del análisis de todas las circunstancias (= si ‘esos’ contratantes se hubieran planteado, aunque en realidad no lo hicieron, la necesidad de elegir el Derecho, ¿cuál habrían elegido?). El análisis de esa voluntad presunta se fue paulatinamente objetivando, perdiéndose toda referencia a la intención real de las concretas partes contratantes (= ‘esas’ partes), pasando a ser la voluntad que los tribunales consideraban que sería la voluntad de partes ideales (= hombres medios razonables, partes ‘típicas’) en esas mismas circunstancias (= a la luz del contrato y de las circunstancias que el juez conoce, ¿cuál habrá sido la respuesta de dos hombres de negocios razonables?). Con el tiempo, la ficción de la voluntad hipotética iría abandonándose, aunque nunca totalmente, al abrirse paso formulaciones más objetivas de la regla, en las que el tribunal basa directamente su decisión en el análisis de todas las conexiones [...] y circunstancias del negocio en cuestión [...] atribuyendo la regulación del contrato al país que, a la luz de esa valoración, presentara los vínculos más estrechos [...] con el contrato”.

<sup>92</sup> La doctrina de las “expectativas de las partes en cuanto a la Ley aplicable a una situación privada internacional” ha sido defendida por autores bien pertrechados de argumentos jurídicos solventes. Así, R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5ª ed., Nápoles, Liguori, 1969, pp. 150-151 y 270: “[se trata de] individuare la situazione alla quale si riferisce la naturale e ragionevole aspettativa degli individui e delle masse (...) ciò significa in definitiva che il legislatore dovrà affidare la valutazione delle varie situazioni all’ordinamento nel quale presuntivamente ed a suo avviso le parti si sono psicologicamente situate, nei termini della quale esse e i terzi sono istintivamente portate e portati a configurare ed a rappresentarsi il rapporto”. También y con una poderosa apelación al maestro F.K. von SAVIGNY, D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), París, 2007, pp. 305-306: «dans ce cas, le respect des

la *Lex Fori* cuando ésta resulta ser «a surprise to the parties», escribe F. VISCHER<sup>93</sup>. Así, E.F. SCOLES / P. HAY / P.J. BORCHERS / S.C. SYMEONIDES, afirman que en casos “sin contactos suficientes” con un país o State, éste “no tiene derecho” a imponer la aplicación de su Ley. Ello llevaría a un proceso judicial injusto para unas partes “sorprendidas” por la aplicación de una Ley cuya aplicación no pueden prever razonablemente, como recuerdan L. BRILMAYER y T.S. KOGAN<sup>94</sup>. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos lo expresa así: “that for a State’s substantive law to be selected in a constitutionally permissible manner, that State must have a significant contact or significant aggregation of contacts, creating state interests, such that choice of its law is neither arbitrary nor fundamentally unfair” (Sent. TS USA *Allstate Insurance Co. vs. Hague*; en el mismo sentido Sent. TS USA *Phillips Petroleum Co. vs. Shutts*<sup>95</sup>). De modo elocuente, en palabras de F. VISCHER, “visto que el control del Tribunal Supremo [norteamericano] está principalmente basado en la cláusula ‘Due Process’, lo que se controla es cuándo [la aplicación de una Ley de un Estado] resulta una sorpresa para las partes”<sup>96</sup>. Pues bien, según la doctrina norteamericana, la Ley designada por las normas de conflicto sólo puede aplicarse si es posible que las partes puedan prever, de modo razonable, la aplicación de dicha Ley. Los particulares tienen derecho a que el contrato internacional en el que estén implicados quede sujeto a la Ley que corresponde a sus expectativas, que es la Ley que se encuentra en su esfera de control, la Ley cuya aplicación les comporta los costes conflictuales más reducidos, expone B. AUDIT<sup>97</sup>.

#### D) El triunfo de la autonomía de la voluntad conflictual

66. En todas las explicaciones y fundamentaciones del criterio “lugar de celebración del contrato” se detectaba siempre un elemento clave: la voluntad de las partes era determinante. De ahí arrancó un movimiento, que parte de CH. DUMOULIN y que llega hasta el siglo XIX, en el que muchos países europeos optan por dar entrada a la Ley elegida por las partes como primer criterio para determinar la Ley reguladora de los contratos internacionales. Es la “lenta ascensa dell’*autonomia della volontà*”, en la bella metáfora de T. BALLARINO / A. BONOMI<sup>98</sup>. Ya en el siglo XIX, muchos expertos legales defienden el criterio de la autonomía de la voluntad conflictual (= el contrato se rige por la Ley elegida por las partes), como es el caso de P.S. MANCINI. También lo sostiene F.K. v. SAVIGNY. Entiende este autor que el contrato se debe regir por la Ley de lugar establecido por las partes como lugar de cumplimiento bien de modo

---

*prévisions des parties et le exigences des politiques des États ne pourront sans doute être atteints que de façon approximative, à travers la détermination (...) du droit étatique applicable*”, y p. 316 «[Savigny] tend à mettre en avant l’importance cardinale des intérêts des individus dans le règlement du conflit”. Igualmente, B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» des conflits de lois)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. p. 275: «si leur attention est attirée sur lui, leur souhait sera de voir appliquer une loi qui ne les surprenne pas; en d’autres termes, que la solution du conflit de lois soit pour eux intelligible”.

<sup>93</sup> F. VISCHER, «General Course on Private International Law.», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1992, vol.232, pp. 21-246, esp. p. 712.

<sup>94</sup> L. BRILMAYER, *Conflict of Laws*, 2nd ed., Boston, Little Brown and Company, 1995, pp. 249-263; ID., “Post-modernism in American Choice of Law”, *Liber memorialis François Laurent*, Bruselas, Story Scientia, 1989, pp. 695-706, esp. pp. 702-705; ID., “Rights, Fairness and Choice of Law”, *Yale Law Journal*, 1989 (7), vol.98, pp. 1277-1319; ID., “The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1993, vol.252, pp. 19-112; T.S. KOGAN, “Towards a Jurisprudence of Choice of Law: The Priority of Fairness over Comity”, *New York University Law Review*, 1987, pp. 651-714.

<sup>95</sup> E.F. SCOLES / P. HAY / P.J. BORCHERS / S.C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3th ed., West Group, St. Paul Minn., 2000, pp. 151-155.

<sup>96</sup> F. VISCHER, “General Course on Private International Law.», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1992, vol.232, pp. 21-246, esp. p. 71: “as the control of the Supreme Court is mainly based on the Due Process Clause, the controlling question must of whether it came as a surprise to the parties”.

<sup>97</sup> B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» des conflits de lois)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. p. 275: «si leur attention est attirée sur lui, leur souhait sera de voir appliquer une loi qui ne les surprenne pas; en d’autres termes, que la solution du conflit de lois soit pour eux intelligible”.

<sup>98</sup> T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, p. 584.

expreso o tácito<sup>99</sup>. En efecto, cuando las partes eligen un lugar de cumplimiento de sus obligaciones, se someten de modo voluntario a la Ley de dicho Estado, como muy bien ha explicado S. LEIBLE<sup>100</sup>. En defecto de dicha designación, F.K. VON SAVINGY se inclina por el lugar de domicilio del deudor<sup>101</sup>. Esta tendencia se impone en toda Europa, de modo que durante el siglo XIX queda claro que el primer punto de conexión para designar la Ley reguladora de los contratos internacionales es la autonomía de la voluntad de los contratantes. El contrato debe regirse por la Ley estatal elegida por las partes.

**67.** El punto de conexión “autonomía de la voluntad conflictual” alcanzó un éxito rotundo prácticamente en todos los países europeos occidentales. Desde finales del siglo XIX y durante el siglo XX, la jurisprudencia europea acepta que los contratos se deben regir, en primer lugar, por la Ley elegida por los contratantes<sup>102</sup>.

**68.** Algunos países carecían de una norma de conflicto de leyes que indicara, de modo expreso, que los contratos se debían regir por a Ley elegida por los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia sí acogió este criterio. Así ocurrió en Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Inglaterra, Escocia, Irlanda, Dinamarca, y en España. Efectivamente, en España, antes y después del Código Civil de 1889, como se verá más adelante, y ante el silencio de dicho código al respecto, el TS hace prevalecer en la mayor parte de sus pronunciamientos la Ley elegida por los contratantes y sólo en su defecto acude a la Ley del lugar de celebración del contrato, que era la solución acogida por las Partidas. Esta posición se puede apreciar en las STS 9 marzo 1872, STS 18 marzo 1875, STS 20 marzo 1877, STS 15 noviembre 1898, STS 19 octubre 1910, STS 28 febrero 1928, STS 19 diciembre 1930 y STS 29 mayo 1933<sup>103</sup>.

**69.** En Francia, la *Cour de Cassation* francesa dictó el 5 diciembre 1910 una sentencia de capital importancia (*American Trade Company*), que disipó todas las dudas: los contratos se rigen por la Ley elegida por las partes. En Francia todo es peculiar y por ello, durante la primera parte del siglo XX, H. BATIFFOL indicó que los contratantes, en realidad, no eligen la Ley del contrato, ni tienen el poder de elegir la Ley aplicable al contrato. Según este gran pensador del Derecho internacional privado, las partes “localizan el contrato” en uno de los países conectados con el contrato, país cuya Ley rige tanto el contrato como el pacto de elección de Ley (= “teoría de la localización” / “*théorie de la localisation*”). Esta teoría alcanzó el éxito en la jurisprudencia francesa. Sin embargo, la teoría resultaba parcialmente incongruente, ya que no es preciso que una Ley estatal permita el pacto de elección de Ley, pues dicho pacto es ya válido con arreglo a las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto. La teoría entró en declive en la segunda mitad del siglo XX y se abandonó tras el Convenio de Roma de 1980.

<sup>99</sup> J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho internacional privado, parte general vol.I (introducción, historia doctrinal y codificación)*, Ed. sec.publ. Fac.Dcho Univ.Complutense, Madrid, 1992, p. 409.

<sup>100</sup> S. LEIBLE, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *CDT*, 2011, vol. 3, n. 1, pp. 214-233.

<sup>101</sup> F.C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol.VIII, edición facsimil de Ed. Comares, Granada, 2005 (la edición original en alemán es de 1849), p. 1424: „Por último, réstanos determinar el asiento de la obligación para los casos en los que faltan los signos característicos arriba enumerados, es decir, cuando no existe lugar determinado de cumplimiento (núm. IV v las circunstancias accesorias del contrato no permiten creer que las partes hayan querido colocar la ejecución de la obligación en el lugar de su nacimiento (núms. n, ID, IV). Aquí se presenta principalmente el caso citado por Ulpiano de un viajero que realiza un contrato en una ciudad donde reside accidentalmente. En ausencia de toda indicación de un lugar de ejecución es preciso admitir que el deudor cumplirá su compromiso en su domicilio, donde ha de volver. Así, pues, este caso se juzga precisamente como si el deudor hubiese otorgado el contrato no en viaje, sino en su propio domicilio“.

<sup>102</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 14-15.

<sup>103</sup> STS 9 marzo 1872, *Jurisprudencia Civil*, vol. 25, p. 295; STS 18 marzo 1875, *Jurisprudencia Civil*, vol. 31, p. 536; STS 20 marzo 1877, *Jurisprudencia Civil*, vol. 36, p. 186; STS 15 noviembre 1898, *Jurisprudencia Civil*, vol. 85, p. 306; STS 19 octubre 1910, *Jurisprudencia Civil*, vol. 119, p. 114; STS 28 febrero 1928, *Jurisprudencia Civil*, vol. 181, p. 773; STS 19 diciembre 1930, *Jurisprudencia Civil*, vol. 197, p. 677; STS 29 mayo 1933 [R.3921].

70. Otros países acogieron la solución “autonomía de la voluntad conflictual” de modo explícito en sus normas de conflicto escritas. Fue el caso de Italia: Código Civil de 1865 y Código Civil de 1942, y más tarde, el caso de España en el art. 10.5 CC tras su reforma de 1974.

71. El criterio de la autonomía de la voluntad fue aceptado también en el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980<sup>104</sup>. Ello resultó indiscutido porque existía un escenario favorable a la autonomía de la voluntad conflictual como criterio de conexión principal antes de la elaboración del citado Convenio de Roma de 19 junio 1980. Este criterio contó con el pleno beneplácito de todos los Estados partes en el mismo. Su sucesor, el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) también acoge este criterio como regla principal para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales<sup>105</sup>. De este modo, puede afirmarse, con P. MANKOWSKI, que la libre elección de la Ley aplicable constituye el eje y el campeón indiscutible del Derecho internacional privado de los contratos<sup>106</sup>.

Del mismo modo, el criterio de la autonomía de la voluntad se recoge en numerosos convenios internacionales que abordan la regulación de concretos tipos de contratos internacionales, -venta, contratos de intermediarios, etc.-. El punto de conexión autonomía de la voluntad conflictual fue también recibido con generosidad como primer punto de conexión para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales por la jurisprudencia arbitral y por los convenios que regulan el arbitraje privado internacional, como el Convenio europeo de Ginebra de 21 abril 1961 sobre arbitraje comercial internacional (art. VIII) y el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 marzo 1965 (art. 42)<sup>107</sup>.

### 3. La Ley aplicable al contrato en defecto de elección

72. En toda Europa y en los Estados Unidos de América, ya desde el siglo XIX queda claro que el primer criterio para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales debe ser la elección de Ley por las partes. Sin embargo, problemas mucho más agudos surgen a la hora de determinar la Ley que rige el contrato en defecto de elección. Los distintos sistemas estatales de Derecho internacional privado y la jurisprudencia de cada país seguían criterios diferentes. Ahora bien, dos grandes tendencias pueden distinguirse.

#### A) Puntos de conexión flexibles. *The proper law of the contract*

73. Una primera corriente adopta puntos de conexión flexibles. Se estima que el contrato debe regirse por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos. No hay un catálogo prefijado

<sup>104</sup> Texto en *RCDIP*, vol.LXI, 1980, pp. 875-888, y en *RDIPP*, 1980, vol.LXIII, pp. 297-307 y texto oficial en JOCE, núm. L 266, de 9 octubre 1980 así como en BOE núm.171 de 19 julio 1993 y corr.errores BOE núm.189 de 9 agosto 1993.

<sup>105</sup> DOUE L 177 de 4 julio 2008.

<sup>106</sup> P. MANKOWSKI, “Just how free is a free choice of law in contract in the EU?”, *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, pp. 231-258.

<sup>107</sup> Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 abril 1961 (BOE núm. 238 de 4 octubre 1975). Su art. 7 indica: “*Derecho aplicable. 1. Las partes podrán según su libre criterio determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia. Si no existiere indicación por las partes en lo concerniente al derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión. En ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles. | 2. Los árbitros actuarán en calidad de “amigables componedores” si tal es la voluntad de las partes y se lo permite la ley aplicada al arbitraje*”. Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 mayo 1965 (selección de normas) (BOE núm.219 de 13 septiembre 1994). Su art. 42 señala: “*1. El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*”.

de “contactos”: el juez decide, *in casu*, cuál es el país más vinculado con el contrato, con cada contrato en concreto. No se trata, pues de indicar que los contratos de compraventa se deben regir por la Ley X, sino de afirmar que “este concreto contrato de compraventa” debe quedar sujeto a la Ley X y así sucesivamente. A tal efecto se deben valorar todos los elementos del mismo y sus diferentes contactos con distintos países<sup>108</sup>.

La teoría se desarrolla con énfasis evidente en los países anglosajones durante el siglo XIX. Es curioso percibir que las raíces del principio de los vínculos más estrechos no se encuentran en estos países sino que son una consecuencia de las tesis de F.K. VON SAVIGNY y O. VON GIERKE, juristas que buscan hallar la Ley aplicable a las relaciones jurídicas mediante la localización en el espacio de la sede natural (*Sitz*) de dichas relaciones jurídicas. Ambos autores persiguen encontrar el centro de gravedad (*Schwerpunkt*) de la relación jurídica, su sede natural<sup>109</sup>. De ahí, la tesis pasa a los países anglosajones, donde fue impulsada por DICEY y J. WESTLAKE, entre otros, y dio lugar a la *Proper Law of The Contract Doctrine*. Esta teoría conoce, posteriormente, una versión europea y una versión norteamericana.

### a) Versión inglesa de la *proper law of the contract*

74. En Inglaterra, se abandona lentamente el criterio *lex loci celebrationis* y se opta por la tesis de la *Proper Law of the Contract*: cada contrato, -no cada “tipo de contrato”-, tiene una Ley reguladora. Se prefiere la Ley elegida, y en defecto de ésta, se aplica la Ley del país que, con arreglo a las circunstancias del caso, aparece como el más vinculado. Para ello se recurre al criterio del “hombre razonable”: se aplicará el Derecho que una persona razonable hubiera debido tener presente si se hubiera planteado la cuestión de la Ley aplicable al contrato en el momento de su celebración, en una posición que en la práctica equipara la voluntad implícita de las partes con la voluntad hipotética de las mismas<sup>110</sup>. Se trata de encontrar “el sistema legal con referencia al cual se celebró el contrato”. En ausencia de una elección expresa o implícita del Derecho aplicable al contrato por las partes, dicho contrato debe regirse por la ley “objetiva” propiamente dicha, es decir, la ley “con la que la transacción tiene su conexión más estrecha y real”. Dicha Ley suele ser la Ley del país de ejecución del contrato cuando dicho lugar es único: caso *The Assunzione* (1954), caso *Bonython vs. Commonwealth of Australia* (1951) [AC 201], como explican de modo inmejorable CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY<sup>111</sup>. Ahora bien, este criterio no es definitivo. Como recuerda el informe GIULIANO-LAGARDE, “*al realizar este examen, el tribunal deberá tener en cuenta todas las circunstancias de la causa (...) ningún elemento es decisivo en sí mismo .... por el contrario, conviene tener en cuenta toda una serie de elementos tales como, por ejemplo, el lugar de residencia o de actividad de las partes, el lugar de ejecución del contrato, el lugar de celebración*

<sup>108</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 17-18.

<sup>109</sup> E. VITTA, «Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali», *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp. 261-278, esp. pp. 264-265; O. von GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1895, vol.I, p. 217; J. DOLINGER, «Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2000, vol.283, pp. 187-512.

<sup>110</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18.

<sup>111</sup> CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª ed., London, Butterworths, 2002, p. 198: „During the nineteenth and twentieth centuries the English courts to this doctrine, the choice of law process is broken down into three stages. First, the parties might make an express choice of law. At common law, the court will give effect to an express choice of law as long as it is bona fide, legal and not contrary to public policy. Secondly, in the absence of express choice the proper law of the contract may be ‘the system of law by reference to which the contract was made’. This formula allows for the possibility of an implied, rather than express, choice. At common law, the court may imply a choice of law from the form of the contract (such as use of a particular standard form) or from an arbitration clause or from a jurisdiction agreement. Thirdly, in the absence of an express or implied choice, a contract should be governed by the ‘objective’ proper law-that is the law ‘with which the transaction has its closest and most real connection’“. También J.D. MC.CLEAN: *Morris: The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 4ª ed., London, 1994, pp. 254-255; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 191. *Vid.* caso *The Assunzione* [1954] 2 WLR 234.; Caso *Bonython vs. Commonwealth of Australia* (1951) [AC 201].

y la naturaleza y el objeto del contrato”<sup>112</sup>. En Derecho escocés y en Derecho irlandés las soluciones son similares a las del Derecho inglés. Los objetivos perseguidos con este sistema de la *proper law of the contract* son tres, explicados de forma transparente, nuevamente, por CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY<sup>113</sup>. En primer lugar, se promueve la certeza jurídica al permitir que las partes elijan la ley que rige su contrato. En segundo lugar, se potencia que las partes configuren su propio contrato como deseen: autonomía privada. En tercer lugar, en los casos en que las partes no elegido la Ley reguladora de su contrato, se aplica la Ley del país con el que el contrato está más estrechamente vinculado porque de se modo se satisfacen tanto a las expectativas razonables de las partes como los intereses del Estado que probablemente se vea más afectado por el resultado de la controversia de las partes, que suele ser, se insiste, el país de ejecución de las obligaciones que derivan del contrato”.

### b) Versión norteamericana de la *proper law of the contract*

75. La versión norteamericana de la teoría, desarrollada, ya en el siglo XX, durante la *Conflict of Laws Revolution*, es la conocida tesis de la *Most Significant Relationship Theory* o *Grouping Of Contacts Theory*, seguida con matices propios por infinidad de autores, si bien es W. REESE el autor más representativo<sup>114</sup>. Esta versión presenta caracteres *sui generis*, pues se tiene en cuenta no sólo la previsibilidad, para las partes, del Derecho aplicable, sino el contenido material de los Derechos estatales “en conflicto”, las *policies* que persiguen los diferentes legisladores estatales. Se aplica, así, el Derecho que presenta vocación para regular el caso concreto, bien para proteger intereses esenciales de la contratación, para defender a los nacionales, para garantizar intereses generales o públicos, etc.

### c) Versión francesa: el sistema del “*cumul d’indices*”

76. También en Francia, es curioso, se sigue un enfoque flexible para precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección de Ley. En ese caso, en efecto, la jurisprudencia francesa aplicaba la Ley del país con el que el contrato presenta una relación más estrecha. Los tribunales emplean diversos índices para averiguar y concretar los contactos del contrato con los diferentes países.

Con ciertos matices e inflexiones, los tribunales galos siguieron la llamada “teoría de la localización” / “*théorie de la localisation*”, formulada por H. BATIFFOL. A tenor de la misma, los contratantes no eligen la Ley del contrato, ni tienen el poder de elegir la Ley aplicable al contrato. Los contratantes se limitan a localizar el contrato en un ordenamiento jurídico concreto. Dicha Ley debe decidir si las partes pueden y en qué medida, elegir la Ley que regula el contrato.

En defecto de elección de Ley, corresponde a los tribunales buscar en la estructura del contrato y en las circunstancias de la causa, cuál es la ley que debe regir las relaciones entre los contratantes: „*La loi applicable au contrat est celle que les parties ont adoptée; à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher d’après l’économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants*”<sup>115</sup>. Ahora bien, el sistema es fran-

<sup>112</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18.

<sup>113</sup> CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª ed., London, Butterworths, 2002, p. 198: „*These rules can be explained by reference to a number of objectives which the law seeks to achieve. First, the law promotes certainty by allowing the parties to choose the governing law. Secondly, the rule that effect will be given to an express or implied choice of law is consistent with the principle of party autonomy which underpins the whole of the law of contract. Thirdly, in cases where the parties have not made a choice, the application of the of the country with which the contract is most closely connected gives effect both to the reasonable expectations of the parties and to the interests of the country which is likely to have the greatest interest in the outcome of the parties’ dispute*”.

<sup>114</sup> W.L.M. REESE, “General Course on Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1976, vol.150, pp. 1-193.

<sup>115</sup> Sentencia Cour de cassation 6 julio 1959, *Société des Fourrures Renel*, *Journal de droit international Clunet*, 1960, p.



camente complicado e inseguro. Como explican D. BUREAU / H. MUIR WATT, había en la jurisprudencia francesa una cierta imprevisibilidad de las soluciones en el ámbito de los contratos internacionales. Había que tratar de concretar la ley aplicable al contrato mediante ciertas „pistas“ que revelasen la voluntad de las partes o la vinculación objetiva del contrato con ciertos países, cuya relevancia también variaba según las circunstancias (lugar de ejecución, nacionalidad de las partes, idioma del contrato, moneda de pago, residencia de las partes ...). Tras un examen concreto de estos índices, el juez decidía qué Estado estaba más vinculado con el contrato, de modo que la Ley de dicho Estado regía el contrato. Como se observa, el enfoque francés no se basaba en una regla de conflicto predeterminada con criterios objetivos, sino en un método de „acumulación de índices“ variable según los casos (*cumul d'indices variables selon les espèces*). Ello condujo a una auténtica incertidumbre sobre la ley aplicable al contrato con lamentables consecuencias en términos de previsibilidad de las soluciones, certeza y seguridad jurídica<sup>116</sup>. Por influjo francés, esta óptica se observa también en Luxemburgo y Bélgica. No existe una tabla de puntos de conexión rígidos al efecto, como sí se aprecia en otros países europeos como Italia, Grecia, España, Alemania.

## B) Puntos de conexión rígidos: distintos países, distintos puntos de conexión

77. Otros países europeos siguen, por el contrario, un sistema de puntos de conexión rígidos para fijar la ley aplicable al contrato en defecto de elección. El juez, se dice, debe limitarse a comprobar si concurren determinadas circunstancias objetivas y prefijadas y a aplicar el Derecho designado por un punto de conexión determinado, sin valorar libremente los contactos del contrato con los distintos países. Se trata de un enfoque propio del Derecho continental, siempre orientado a limitar alegrías judiciales. El juez es “la boca de la Ley”, no debe crear Derecho (internacional privado), debe solamente aplicar el Derecho (internacional privado) que ya ha sido creado por el legislador.

Así, en Alemania, como ya se ha indicado, prevalece la elección de las partes. Si éstas nada han dispuesto, se deberá investigar la *hypothetischer Parteiwille*, “la voluntad presunta de las partes, teniendo en cuenta los intereses generales presentes es cada caso concreto”. Y “en caso de que esta búsqueda no dé resultado, la ley aplicable al contrato, con arreglo a la jurisprudencia alemana, se determinará por el lugar de su ejecución, y más exactamente por el lugar de la ejecución de cada una de las obligaciones derivadas del contrato, ya que los tribunales alemanes estiman que, cuando las diversas obligaciones de un contrato deban ejecutarse en países distintos, cada obligación se regirá por la ley del país de su ejecución”<sup>117</sup>. Puede, en consecuencia, que existan diversas leyes que regulan diversas obligaciones que nacen del mismo contrato.

En Italia se optaba por la Ley elegida por las partes. En su defecto, se aplicaba la Ley nacional común de los contratantes, y a falta de esta Ley, se aplicaba la Ley del país donde se haya celebrado el contrato (art. 25 *Codice civile* de 1942).

En Suiza, según se ha visto, se prefirió la teoría de las *coupures*, -tributaria de la tesis escisionista de BARTHOLO DA SASSOFERRATO-, aunque fue abandonada a mitades del siglo XX, para acoger la céle-

---

814; *Revue critique de droit international privé*, 1960, p. 354, nota de Y. LOUSSOUARN; *Revue trimestrielle de droit comparé*, 1960, p. 516, con nota de P. HÉBRAUD.

<sup>116</sup> Muy bien explicado aparece en D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome II Partie spéciale, 3ª ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 306-307: „Il en résultait cependant qu'à défaut de choix de loi applicable, régnait en ce domaine une certaine imprévisibilité des solutions: quel que soit le fondement théorique susceptible de soutenir la jurisprudence -à supposer d'ailleurs qu'il soit unitaire -, que ce soit donc par interprétation de la loi applicable à partir d'indices (révélateurs de la volonté des parties ou indices de localisation), dont la pertinence était d'ailleurs variable selon les circonstances (lieu d'exécution, nationalité des parties, langue du contrat, monnaie de paiement, résidence des parties...). Après examen concret de ces indices, le juge décidait que leur convergence vers un État conduisait à l'application de la loi de cet État. Le système ne reposait donc pas sur la mise en œuvre d'une règle de conflit prédéterminée, mais sur un cumul d'indices, variables selon les espèces. Il en résultait une réelle incertitude quant à la loi applicable au contrat, variable selon les circonstances, entraînant par la même de fâcheuses conséquences en termes de prévisibilité des solutions, de certitude et de sécurité juridique“.

<sup>117</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 17-18.

bre teoría de la prestación característica: el contrato se rige por la Ley del país de la sede del prestador característico del contrato, un punto de conexión rígido en todo caso.

En España, el art. 10.5 CC, que data de 1974, privilegió la elección de Ley por los contratantes, criterio que ya había acogido años antes el Tribunal Supremo como punto de conexión principal para determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales. En defecto de elección de ley por las partes, se aplica el punto de conexión “nacionalidad común de los contratantes”, a falta de la misma, se recurre a la Ley de la residencia habitual común de los contratantes, y, en último término, si no hay residencia habitual común, se aplica la Ley del país de celebración del contrato (art. 10.5 CC). España se adscribe, pues, a la corriente europea de los “puntos de conexión rígidos” en el sector de los contratos internacionales.

En Portugal, prevalece la Ley elegida por los contratantes (art. 41 Código civil de Portugal) y en su defecto, se aplica la ley de la residencia habitual común de las partes y a falta de residencia común, en los contratos gratuitos se aplicará la ley de residencia habitual de quien realiza la prestación y, en los demás contratos, la ley del lugar de celebración del contrato (art. 42 Código civil de Portugal)<sup>118</sup>.

**78.** Como se aprecia, los países europeos aceptaban como criterio primero para fijar la Ley reguladora de los contratos internacionales, la autonomía de la voluntad conflictual. Sin embargo, existían poderosas, fuertes y sentidas divergencias a la hora de determinar la Ley que debía regir el contrato en defecto de elección de Ley por los contratantes. Un grupo mayoritario de países europeos empleaban puntos de conexión rígidos, -como el lugar de ejecución de las obligaciones, la nacionalidad común o residencia común de las partes, el lugar de celebración del contrato-, mientras que un grupo menos numeroso, formado por los países de *Common Law*, -Gran Bretaña, Irlanda, Malta, Chipre-, y por Francia, Bélgica y Luxemburgo, utilizaban puntos de conexión flexibles en cuya virtud los tribunales debían, caso por caso, encontrar el país más vinculado con el contrato en cuestión y a tal efecto valoraban todos los contactos y vinculaciones del contrato con los diferentes países. En este escenario de divergencias nacionales sobre un tema tan importante para el crecimiento económico como es el régimen jurídico de los contratos internacionales, la salvación vino de Europa. Como casi siempre.

## VI. El Convenio de Roma de 19 junio 1980: el equilibrio

**79.** Así las cosas, cuando la entonces Comunidad Europea decide emprender los trabajos para elaborar un convenio internacional que contenga un sistema de normas de conflicto para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales, los expertos autores del texto optan por un sistema dual con un cierto peso mayor, en el mismo, para los puntos de conexión rígidos: puntos de conexión rígidos pero acompañados por la posibilidad de acudir a puntos de conexión flexibles para casos en los que tales puntos de conexión rígidos conduzcan a resultados contrarios a la previsibilidad de la Ley aplicable para los contratantes. Bienvenidos todos, pues, al Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980 (CR). Dicho convenio recogió criterios uniformes, -válidos para todos los Estados entonces integrantes de la Comunidad Europea-, y que servían para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales<sup>119</sup>. Este convenio constituye una de las obras legislativas más brillantes de la historia del Derecho internacional privado. La mayor parte de las críticas que ha sufrido dicho texto son injustas, poco meditadas, apresuradas, y fruto de un diletantismo oportunista. La celeridad legislativa

<sup>118</sup> Art. 41 CC Portugal: “(Obrigações provenientes de negócios jurídicos). 1. As obrigações provenientes de negócio jurídico, assim como a própria substância dele, são reguladas pela lei que os respectivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista. | 2. A designação ou referência das partes só pode, todavia, recair sobre lei cuja aplicabilidade corresponda a um interesse sério dos declarantes ou esteja em conexão com algum dos elementos do negócio jurídico atendíveis no domínio do direito internacional privado”. Art. 42 CC Portugal: “(Critério supletivo). 1. Na falta de determinação da lei competente, atende-se, nos negócios jurídicos unilaterais, à lei da residência habitual do declarante e, nos contratos, à lei da residência habitual comum das partes. 2. Na falta de residência comum, é aplicável, nos contratos gratuitos, a lei da residência habitual daquele que atribui o benefício e, nos restantes contratos, a lei do lugar da celebração”.

<sup>119</sup> Vid. su “texto consolidado” en DOCE C 27 de 26 enero 1998. El proceso de incorporación del convenio al Derecho español está bien explicado por F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «España se adhiere al convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *REDI*, 1994, vol.XLVI, pp. 446-451.

del Derecho internacional privado del siglo XXI, apunta certeramente H. KENFACK, no ha dado tiempo al Convenio de Roma de 19 junio 1980 para mostrar sus muchas virtudes<sup>120</sup>.

**80.** El Convenio de Roma contiene normas de conflicto que fijan los puntos de conexión que señalan la Ley aplicable a los contratos internacionales.

El punto de conexión principal acogido por el Convenio es la autonomía de la voluntad conflictual: el contrato se rige por la Ley estatal elegida por los contratantes. Recoge así el convenio la tradición jurídica europea que se remonta a los siglos XV y XVI y a los estudios de ROCHUS CURTIUS y de CH. DU MOULIN. Antes de la elaboración del convenio, todos los países integrados en el club comunitario admitían que la Ley aplicable a los contratos internacionales debía ser, en primer lugar, la Ley elegida por las partes, como pone de relieve el inmarcesible informe, elaborado por M. GIULIANO / P. LAGARDE, adjunto al Convenio de Roma<sup>121</sup>.

En defecto de elección de Ley por las partes, debía seguirse lo establecido en el art. 4 CR. El precepto utiliza criterios objetivos para determinar la Ley del contrato: no se tiene en cuenta la voluntad presunta o hipotética de los contratantes (*hypothetischer Parteiwille*), criterio seguido en Alemania antes del Convenio de Roma. El art. 4 CR presenta una estructura circular o envolvente: a) Primero se afirma que el contrato se regirá por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos; b) En segundo lugar, se afirma que se presume que se presentan los vínculos más estrechos con un determinado país; c) Por último, se dice que si las presunciones no se pueden determinar o conducen al Derecho de un país que no es el más vinculado con el contrato, se aplicará la Ley del país más estrechamente vinculado con dicho contrato. Como se ve, la tercera regla regresa al punto de partida: los vínculos más estrechos.

## 1. El sistema de las presunciones y el art. 4 CR

**81.** El método que consiste en fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales mediante una presunción simple es conocido en Derecho internacional privado comparado: lo utiliza el Código civil egipcio tras 1948, el Código civil sirio tras 1949, y otros códigos que copian en modelo egipcio. También, cómo no, lo utiliza la Ley de Derecho internacional privado de Suiza (art. 117 Ley de Derecho internacional privado de 18 diciembre de 1987)<sup>122</sup>. En realidad, como expone brillantemente U. VILLANI, el art. 4 CR combina dos métodos de determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales<sup>123</sup>.

Por un lado, el art. 4 CR recoge el método anglosajón (= principio de proximidad): el contrato en concreto del que se trate, el contrato en cuestión, queda regulado por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos. Un método muy similar se seguía también en otros países antes de la entrada en escena del Convenio de Roma, -como Francia, Reino Unido, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, etc.-, bajo variantes diversas. Es el criterio propio de la jurisprudencia inglesa en materia contractual (*The Proper Law of the Contract Doctrine*): hay que ponderar todos los elementos y contactos que un contrato en particular presenta, para deducir el país con el que está más estrechamente vinculado. Es un punto de conexión flexible: la vinculación más estrecha. Se trata de un vínculo territorial y no jurídico, como precisa abundante doctrina<sup>124</sup>: se analizan los vínculos con un país, no con su ordenamiento jurídico, que es

<sup>120</sup> H. KENFACK, "Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I"), navire stable aux instruments efficaces de navigation?", *Journal de droit international Clunet*, 2009, pp. 2-39.

<sup>121</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 14-15.

<sup>122</sup> A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 303.

<sup>123</sup> U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 514-515.

<sup>124</sup> E. VITTA, "La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano", *RDIPP*, 1981, vol.XVII, 1981, pp. 837-X52; Id., "L'incidenza della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali", *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 389-409; Id., "Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali", *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp. 261-278; M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18;

P.M. NORTH, «Reform (but not revolution)», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1990, vol.220, pp. 152-205, p. 184; J. DOLINGER, «Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2000, vol.283, pp. 187-512, esp. p. 386.

el enfoque tradicional de los países de *Common Law*. Este primer método (método anglosajón) se refleja en el art. 4.1 CR: el contrato se rige por la Ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos.

Por otro lado, el art. 4 CR acoge también el método continental de los puntos de conexión rígidos. El juez utiliza una circunstancia del contrato que le lleva directamente a individualizar el país cuya Ley regirá el contrato. Este método se refleja en las “presunciones” que contiene el art. 4 CR.

**82.** El resultado de la combinación de ambos métodos en el art. 4 CR es explosivo y, por tanto, difícil de aplicar. La doctrina discutió largamente en torno al resultado final de la combinación de ambos métodos y se gestaron, al menos, cuatro teorías al respecto<sup>125</sup>. Prevalció el llamado “método de las “presunciones fuertes” o tesis oficial. Es la tesis que resultó mayoritaria en la doctrina, defendida por múltiples autores<sup>126</sup>. Las presunciones constituyen la primera solución para la determinación de la Ley del contrato a falta de elección de Ley por las partes. Indican, directamente, como un punto de conexión rígido, la Ley aplicable al contrato. Sólo cuando no es posible utilizar las presunciones o cuando éstas “traicionan” al principio básico (principio de proximidad), designando la Ley de un país que no es el más vinculado con el contrato, se recurrirá al art. 4.5 CR y al art. 4.1 CR. Este precepto permite determinar la Ley del contrato mediante un análisis global de las circunstancias del contrato en cuestión. Esta tesis responde a la voluntad de los redactores del convenio de *conciliar* ambos métodos a través de dos principios. En primer término, se afianza la seguridad jurídica y se simplifica y automatiza la precisión de la Ley del contrato, gracias a la utilización de un punto de conexión rígido, que actúa en primer lugar: las presunciones. En segundo lugar, no obstante, este punto de conexión rígido está constituido por “presunciones simples”: está sujeto a una cláusula de excepción que permite utilizar el método casuístico anglosajón cuando las presunciones no pueden operar o cuando no responden al principio de la vinculación más estrecha.

## 2. La presunción general. Teoría de la prestación característica

**83.** La presunción general, -válida, en principio, para todo tipo de contrato-, se contenía en el art. 4.2 CR: se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde, en el momento de celebración del contrato, tiene su residencia habitual la parte del contrato que debe proporcionar la “prestación característica” del contrato. Si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, se tendrá en cuenta el país de su administración central. Si el contrato se celebra en el ejercicio de la actividad profesional del prestador característico, se tendrá en cuenta el país de situación de su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, se tendrá en cuenta el país en que esté situado este otro establecimiento. La teoría de la prestación característica y el concepto de ésta fueron sido tomados por el Convenio de Roma del Derecho internacional privado suizo, como bien ha explicado la doctrina<sup>127</sup>.

<sup>125</sup> A.J.E. JAFFEY, «The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention», *ICLQ*, 1984, pp. 531-560

O. KAHN-FREUND, «La notion anglaise de la proper law of the contracts devant les juges et devant les arbitres», *RCDIP*, 1973, pp. 607-627; G. KAUFMANN-KOHLER, «La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse», *ASDI*, 1989, pp. 195 ss.; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540.

<sup>126</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18; F. POCAR, «Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien», *RCDIP*, 1996, pp. 41-65; ID., «L'unification des règles de conflits en matière de contrats dans la Communauté économique européenne», *Comunicazioni e Studi*, 1978, vol.XV, pp. 165-193; ID., «L'entrata in vigore della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile ai contratti», *RDIPP*, 1991, pp. 249-252; ID., «La comunitarizzazione del DIPrivato: una *European conflict of laws revolution*», *RDIPP*, 2000, pp. 873-884; H. GAUDEMET TALLON, «Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)», *RTDE*, 1981, pp. 215-285; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 428-430; C.G.J. MORSE, «The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations», *European Yearbook of International Law*, 1983, vol.2, pp. 107-171; TH.M. DE BOER, «The EEC Contracts convention and the Dutch Courts, A Methodological Perspective», *RabelsZ.*, 1990, pp. 24-62.

<sup>127</sup> I. DE WINTER, «Considerazioni sulla legge della prestazione caratteristica», *Diritto Internazionale*, 1971 (I), pp. 227-247;

**84.** Las raíces de esta teoría se hallan en una resolución del Instituto de Derecho internacional adoptada en su sesión celebrada en Florencia en 1908, sobre los trabajos de ROLIN y VON BAR, titulada “*Règles sur la détermination de la loi qui doit régir les obligations contractuelles à titre de droit supplétif*” y cuyos Rapporteurs fueron HEINRICH HARBURGER y LUDWIG VON BAR. La resolución afirmaba que, en ausencia de elección de Ley por las partes, la Ley aplicable al contrato y a sus efectos debía deducirse “*de la naturaleza del contrato, de la condición relativa del las partes o la situación de la cosa*”. Tras ello, la resolución contenía una serie de disposiciones, -que eran, en realidad “*presuntiones juris*” (art. 7 Resolución)- para precisar el Derecho regulador de varios contratos específicos. Finalmente, se indicaba que “*en las ventas comerciales realizadas por un comerciante*”, debía aplicarse “*la ley del lugar del establecimiento comercial (lugar de negocios) del vendedor*” (= “*la loi du lieu de l’établissement commercial du vendeur*”). También se apostaba por la Ley del país del establecimiento del vendedor en algunos contratos especiales como los contratos de seguros, rentas vitalicias, contratos de servicios, etc. Se indicaba además que, si los anteriores criterios no podían funcionar, debía aplicarse la del domicilio común de las partes, y a falta de un domicilio común, la ley nacional común, y si a falta de estos dos criterios, debía aplicarse la ley del lugar de celebración del contrato<sup>128</sup>. También NOLDE presentó, en 1925, un informe al *Institut de Droit International* en el que abogaba por la aplicación de la Ley del lugar donde se debía ejecutar la obligación principal o característica<sup>129</sup>. En efecto, en sus inicios, algunos defensores de esta teoría apoyaban la solución basada en la aplicación de la Ley del país de la sede del prestador característico, mientras que otros expertos abogan, sin embargo, por la Ley del país de ejecución de la prestación característica, un claro residuo bartolista. Posteriormente, la doctrina y jurisprudencia suizas prefirieron, de modo casi unánime, la aplicación de la Ley del país de la *sede* del prestador característico, como explica E. VITTA<sup>130</sup>.

**85.** Fue, sin embargo, A.F. SCHNITZER el autor que diseñó plenamente y con extrema brillantez y maestría esta teoría: el contrato está anclado intrínsecamente en el país donde desarrolla su función económica y social y dicho país es el correspondiente a la sede del prestador característico<sup>131</sup>. En realidad, esta teoría cuenta con una múltiple justificación, brillantemente explicada por L.F. CARRILLO POZO<sup>132</sup>.

---

A.F. SCHNITZER, «Les contrats internationaux en droit international privé suisse», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1968, vol.123, pp. 541-636; ID., *Handbuch des internationalen Privatrech*, Basilea, 1944, pp. 515-519; G. KAUFMANN-KOHLER, «La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l’influence de la Suisse», *ASDI*, 1989, pp. 195-240; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 290. El estudio más completo al respecto en la doctrina española es el de L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, Studia Albornotiana, 1994.

<sup>128</sup> El texto de la resolución del IDI «*Règles sur la détermination de la loi qui doit régir les obligations contractuelles à titre de droit supplétif*» puede verse en: <https://www.idi-ii.org/app/uploads/2019/06/Annexe-1-Compilation-de-R%C3%A9solutions-FR.pdf>. Vid. sobre la misma y sobre la génesis de esta teoría, F. VISCHER, «The concept of the Characteristic Performance Reviewed», *E pluribus Unum / Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520; ID., «The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention», en K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 25-30; *Annuaire IDI*, 1908, vol.22, p. 289; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 516-517.

<sup>129</sup> *Annuaire de Institut de Droit International*, vol. 32, 1925, pp. 103-108 ss.; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 516-517.

<sup>130</sup> E. VITTA, “La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l’ordinamento italiano”, *RDIPP*, 1981, vol.XVII, 1981, pp. 837-X52; ID., “L’incidenza della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali”, *L’influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 389-409; ID., “Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali”, *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp. 261-278, esp. p. 263; M. GIULIANO, «Expertise de droit international privé. Partie A. La loi applicable aux obligations contractuelles et extracontractuelles», julio 1970, *Comisión de las Comunidades Europeas, Direction générale du marché intérieur et du rapprochement des législations*, en CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La Convenzione di Roma*, pp. 459-495.

<sup>131</sup> A.F. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrech*, Basilea, 1944, pp. 515-520; A.F. SCHNITZER, «Les contrats internationaux en droit international privé suisse», *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1968, vol.123, pp. 541-636.

<sup>132</sup> Vid. L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional, la prestación característica*, Bolonia, 1994, la monografía más completa y profunda publicada en España sobre la Ley aplicable a los contratos en defecto de elección en el Convenio de Roma de 19 junio 1980.

En primer lugar, se observa una justificación institucional de la misma porque la teoría apunta a la aplicación de la ley del Estado cuya vida económica se ve mayormente afectada por el contrato internacional. En efecto, la teoría lleva a aplicar la Ley del mercado mayormente afectado y, de ese modo, asegura que el contrato que afecta a la economía de un país queda regido por la Ley de dicho país. En otros términos puede afirmarse que, gracias a esta teoría, la economía de un país queda sujeta a la Ley de dicho país. Por eso es una justificación institucional, porque el mercado, que es una institución, queda sujeto a la Ley del Estado que controla y regula dicho mercado. De esa forma, un Estado puede dirigir y gobernar su mercado al quedar asegurada la aplicación de sus leyes a su mercado de bienes y servicios. Así, un contrato internacional está conectado, por definición, con varios países, pero existe un país cuya economía se ve afectada en mayor medida. Se trata del Estado en el que tiene su sede el prestador característico, porque, en efecto, es el país donde normalmente se produce, se fabrica, se elabora la mercancía o el servicio. Es el país donde están las fábricas, es el país donde se contrata personal laboral, es el país donde el profesional desarrolla su actividad económica material de fabricación de los bienes que van a ser exportados. Es el país, por tanto, cuya economía se ve más afectada por el contrato internacional y por las obligaciones que éste genera. Frente a ello, la economía y la vida económica del Estado donde se encuentra radicado el comprador, -el otro contratante, el prestador no característico-, no se ve afectada en la misma medida. En dicho otro país no se lleva a cabo ningún proceso productivo. Es el país desde donde, simplemente, se envía el dinero para pagar lo que se ha fabricado en otro Estado. Esta justificación institucional de la teoría de la prestación característica puede observarse en las acertadas y sugerentes frases del informe GIULIANO / P. LAGARDE anejo al Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>133</sup>.

En segundo lugar, se afirma que la teoría afianza la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable a un contrato internacional. En presencia de un contrato vinculado con varios países, la teoría conduce a la aplicación de la Ley más previsible para las partes. La mercancía se fabrica y se prepara en un país, en el país donde ha sido producida. Es un dato bien conocido por ambas partes, una circunstancia de hecho que es evidente para las mismas. Ningún contratante puede argumentar que desconoce el país donde ha sido producido el bien a exportar, que es, normalmente, el país donde el vendedor, -el prestador característico-, tiene su sede o establecimiento comercial. En definitiva, este punto de conexión facilita una precisión rápida y directa de la Ley del contrato. Ayuda a concretar una noción demasiado fluida y vaga como es la noción de “país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos”, apunta U. VILLANI<sup>134</sup>. De este modo, la presunción general, indica P. LAGARDE, es especialmente útil en relación con los contratos que presentan elementos espacialmente muy dispersos, esto es, contratos que presentan contactos con múltiples países<sup>135</sup>. En el fondo, el sistema de la presunción basado en la prestación característica del contrato es un punto de equilibrio entre el método flexible anglosajón y el método de los puntos de conexión rígidos que se seguía en países de Derecho Civil como Italia.

En tercer lugar, la teoría beneficia en mayor medida al productor y fabricante de bienes y proveedor de servicios y, con ello, potencia la economía mundial y el progreso económico del planeta. La teoría lleva a aplicar la Ley que el prestador característico conoce en mayor medida: es la ley de su país, la ley del Estado en cuyo territorio despliega su actividad económica. Con ello, el prestador característico, que suele ser el fabricante de bienes, consigue la unidad de ley aplicable: la Ley del país donde tiene su sede rige tanto el proceso de fabricación de los bienes como el acto de su venta o exportación a otro país. El productor de bienes o prestador de servicios sólo debe informarse sobre el contenido de una

---

<sup>133</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19: «Por otra parte, es posible buscar el concepto de la prestación característica en una idea todavía más general, a saber, la idea de que esta prestación contempla la función que la relación jurídica en cuestión ejerce en la vida económica y social del país. Básicamente, el concepto de la prestación característica permite relacionar el contrato con el medio socioeconómico en el que vaya a insertarse».

<sup>134</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540.

<sup>135</sup> P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *RCDIP*, 1991, pp. 287-340, esp. p. 310.

sola Ley estatal, la suya. Precisamente por ello, el vendedor puede estandarizar y normalizar sus ventas: en defecto de elección de Ley, todos los contratos de venta que firma un exportador quedan sujetos a la misma Ley, que, además, es la Ley de su propio país, la Ley del estado donde se encuentra establecido. Ello ahorra costes al productor, de modo que la teoría fomenta la producción y la fabricación de bienes y la prestación de servicios. En una economía de mercado globalizada, el fomento de la actividad económica se consigue mediante la reducción de los costes que debe asumir el fabricante, lo que le permite ser competitivo en un mercado mundial. La teoría, en suma, potencia la actividad empresarial en el mundo. La presunción general favorece, así, la aplicación de la “Ley de la empresa”. La presunción general (art. 4.2 CR) conduce a la aplicación del Derecho del país en el que normalmente opera el prestador característico. Incentiva a éste a la contratación internacional, pues favorece la aplicación de su propia Ley, con la que está habituado a contratar. Con ello se premia al contratante que afronta más gastos y obligaciones más onerosas para poder ofrecer al mercado internacional los bienes o servicios, según expone acreditada doctrina (O. LANDO, M. MAGAGNI, A. GIARDINA, A. BONOMI, etc.)<sup>136</sup>. Es la parte que más arriesga, indican F. VISCHER y U. VILLANI, pues para ofrecer la prestación característica en los mercados internacionales, debe realizar inversiones costosas, mantener una estructura empresarial de producción y distribución, etc.<sup>137</sup>. El Derecho internacional privado le incentiva a contratar cuando se hace aplicable la Ley del país donde normalmente opera social y económicamente, subraya A.F. SCHNITZER: se aplica la Ley del país en cuyo contexto socio-económico se inserta el contrato<sup>138</sup>. Además, de esa forma, la empresa podrá reducir costes, con lo que sus clientes saldrán beneficiados. Así las cosas, la presunción general del art. 4.2 CR ayuda a la *standarización* de la actividad contractual internacional del profesional, indica P. MAYER<sup>139</sup>. Merece una valoración positiva desde el punto de vista de la economía libre de mercado en el contexto internacional. En efecto, favorece lo que M. VIRGÓS llama, con acierto y sagacidad, la “localización eficiente del contrato”: el Derecho internacional privado potencia así la eficiencia, la solución que menos costes genera para las partes en el contrato<sup>140</sup>. Como es lógico, esta justificación sólo es válida cuando el prestador característico es un profesional de la contratación internacional y el otro contratante es un mero cliente que opera sólo ocasionalmente en la contratación internacional, según pone de relieve A. KASSIS en su brillante texto<sup>141</sup>. Es en este caso cuando la presunción responde al principio de proximidad o de los vínculos más estrechos: cuando un profesional, -prestador característico-, contrata con un cliente, ambos sujetos esperan ver aplicada, salvo prueba en contrario, la Ley del país de la sede del profesional.

En cuarto lugar, el bien sale al mercado a un coste reducido, lo que, como se ha indicado, beneficia al fabricante y exportador. Por ello se dice, también, que con ello, el exportador puede reducir el precio final de venta y que, así, el adquirente de los bienes también se ve beneficiado. El contrato se

<sup>136</sup> O. LANDO, “The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations. Introduction and Contractual Obligation”, *RabelsZ*, 1974, pp. 6-55; A. BONOMI, “Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: la convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore”, *Banca, Borsa, titoli de credito*, 1992 (I), pp.36-46; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 164-168; TH.M. DE BOER, “The EEC Contracts convention and the Dutch Courts, A Methodological Perspective”, *RabelsZ.*, 1990, pp. 24-62; P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *RCDIP*, 1991, pp. 287-340, esp. pp.307-309; A. GIARDINA, «La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e l’ordinamento italiano», *RDI*, 1981, vol.LXIV, pp. 795-820; ID., «Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo», en AA.VV., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, XV Tavola rotonda di diritto comunitario (Génova 21-22 mayo 1982), Padova, Cedam, 1983, pp. 2-22.

<sup>137</sup> U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-54, esp. p. 520; F. VISCHER, “The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention”, en K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 25-30.

<sup>138</sup> A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 293: «Voilà le noeud de l’explication». La explicación original de A.F. SCHNITZER fue retomada por M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19.

<sup>139</sup> P. MAYER, *Droit international Privé*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 477.

<sup>140</sup> M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5302-5303, esp. p. 5305.

<sup>141</sup> A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 294.

convierte, así, en una operación comercial que supone un coste limitado para ambas partes. Por tanto, es conveniente para ambas partes, lo que, en definitiva, fomenta el comercio internacional tanto en las economías de importación como en las de exportación.

**86.** Esta teoría, por otra parte, permitía superar el complejo sistema alemán de la escisión legal del contrato según los lugares de ejecución del mismo, como indican P. KAYE y K. LIPSTEIN<sup>142</sup>. La explicación de A.F. SCHNITZER y de la jurisprudencia suiza fue tomada literalmente por el Informe GIULIANO/LAGARDE anejo al Convenio de Roma de 19 junio 1980 para justificar la presunción de la prestación característica: el contrato se rige, a falta de elección de Ley por los contratantes, por la Ley del país de la sede o residencia habitual del prestador característico. Curioso es: una teoría gestada fuera de la entonces Comunidad Europea, -y que no se seguía en ningún país de dicho club comunitario-, inspiró las soluciones de un convenio comunitario europeo, como han destacado C.G.J. MORSE y P.M. NORTH<sup>143</sup>.

**87.** La noción de “prestación característica” no viene definida en el Convenio de Roma de 19 junio 1980. Sí se recoge en el Informe GIULIANO / LAGARDE adjunto al Convenio: la prestación característica es “aquella por la que se debe el pago”<sup>144</sup>. Es “la prestación no dineraria” (*Nicht-Geldleistung*). Así, la prestación característica es la entrega de cosa en la compraventa, la atribución del uso y disfrute del bien en el arrendamiento, la prestación de servicios en el contrato entre el abogado y su cliente, etc. Es la prestación que diferencia cada contrato de los demás, visto que el “pago del precio” es una prestación común a muchos contratos. En efecto, como expresa el Informe GIULIANO / LAGARDE, “en los contratos bilaterales (sinalagmáticos) en los que los contratantes se obligan mutuamente a prestaciones recíprocas, la contraprestación de una de las partes, en la economía moderna, consiste habitualmente en dinero, por lo que dicha prestación no es característica del contrato”<sup>145</sup>. Para fijar la prestación característica de un contrato debe partirse de un análisis de la categoría o *tipo contractual* de que se trate, -ad ex. préstamo, leasing, factoring, compraventa, agencia, etc.-, y no de las circunstancias fácticas del contrato. El conceptualismo prima sobre la casuística en este razonamiento, subraya U. VILLANI<sup>146</sup>.

**88.** La presunción general a favor de la Ley de la residencia habitual del prestador característico, contenida en el art. 4.2 CR, ha sido objeto de severas críticas por varios motivos.

En primer lugar, una crítica política indica que la tesis de la prestación característica refuerza la posición del contratante fuerte. Ello produce dos efectos negativos. En primer lugar en los contratos celebrados entre empresas exportadoras de países industrializados y los importadores del tercer mundo, se beneficia a los exportadores del primer mundo en perjuicio de las empresas de los países más pobres, como han puesto de relieve, entre otros, A. GIARDINA y F.K. JUENGER<sup>147</sup>. En segundo término, igualmente,

<sup>142</sup> P. KAYE, *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993, p. 188; K. LIPSTEIN, “Characteristic Performance. A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contracts for the EEC”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1981, pp. 402-423, esp. pp. 402-423.

<sup>143</sup> C.G.J. MORSE, “The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations”, *European Yearbook of International Law*, 1983, vol.2, pp. 107-171, esp. p. 127; P.M. NORTH, “Reform (but not revolution)”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1990, vol.220, pp. 152-205, esp. p. 186.

<sup>144</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 292.

<sup>145</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19;

P. LAGARDE, «Examen de l’avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *TCFDIP*, 1971-1973, pp. 147-201, esp. p. 155.

<sup>146</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540 esp. pp. 518-519.

<sup>147</sup> F.K. JUENGER, «The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations», *Virginia Journal of International Law*, 1981, vol.22. pp. 123-141; Id., «Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Ubereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht. Eine Kritik aus amerikanischer Sicht», *RahelsZ*, 1982, pp. 57-82; A. GIARDINA, «La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e l’ordinamento italiano», *RDI*, 1981, vol.



la tesis conduce a fortalecer la posición del contratante más poderoso en los casos en que intervienen en el contrato partes con desigual poder contractual, como es el caso del contrato celebrado entre una gran empresa multinacional y un pequeño comerciante minorista. En definitiva, se refuerza la aplicación de la Ley del banco, de la Ley de la gran empresa aseguradora, de la Ley del país del libre profesional, -médico, abogado, consultor-, etc. Como escribió H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, la tesis de la prestación característica se construyó “para beneficiar a los suizos que ejercen de hoteleros y de fabricantes de relojes de cuckoo”<sup>148</sup>.

En segundo lugar, una crítica “interna”. Otros autores han indicado que la presunción basada en la prestación característica es, hoy día, poco útil, y ello por tres motivos. Por un lado, la división de los contratos en “tipos contractuales” no tiene por qué realizarse atendiendo a su prestación característica. La división de los contratos en “tipos” nada tiene que ver con la precisión de la Ley aplicable en casos internacionales. En efecto, piénsese en el contrato de edición. Cuando se edita un texto de gran difusión, es el editor el que paga al autor; cuando se edita una obra de escasa difusión, es el autor el que paga para ver publicada su obra. Siendo el mismo “tipo de contrato”, la prestación característica cambiaría según los casos, lo que no coincide con las tesis que defienden los partidarios de la teoría de la prestación característica: cada “tipo de contrato” puede tener distintas prestaciones características y no una sola (U. VILLANI, H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA)<sup>149</sup>. Por otro lado, el concepto de prestación característica resulta, en la actualidad, inadaptado al método conflictual y está “en pleno proceso de erosión”. Es, hoy día, un arcaísmo. En efecto, en la contratación internacional, los contratos más frecuentes son atípicos, mixtos y complejos, -como sucede en el contrato de *countertrade*, *joint venture*, edición, *franchising*, etc.-, contratos en los que no es posible identificar una prestación característica (G. KAUFMANN-KOHLER, A. KASSIS)<sup>150</sup>. En tercer término, la presunción de la prestación característica tiene un alcance limitado a los contratos que implican un intercambio de cosas o servicios por dinero (*Pecuniary Principle*)<sup>151</sup>. Por tanto, la presunción no opera en relación con contratos internacionales que no responden al esquema de intercambio simple de cosas o servicios por dinero. El alcance real de la presunción resulta, así, muy limitado. Ello es criticable: la presunción resulta tener un “corto alcance”. Funciona sólo en escasos supuestos y por ello desarrolla un papel más bien modesto, escribe U. VILLANI<sup>152</sup>. La Ley aplicable a multitud de contratos internacionales que no responden a dicho esquema de intercambio simple de cosas o actividades por dinero, no puede fijarse a través de la presunción de la prestación característica: contratos de edición, coproducción audiovisual, concesión exclusiva, numerosos contratos de distribución, *joint-venture*, etc.

En tercer lugar, una crítica “sustancial”. La crítica fundamental a la presunción de la prestación característica, la más dura e implacable es ésta: la aplicación de la Ley del país de sede de la empresa = prestador característico sólo está justificada cuando se trata de contratos entre un profesional de la contratación internacional, -que es el prestador característico, un sujeto acostumbrado a celebrar constantemente contratos internacionales-, y su cliente, un no profesional, para el que el contrato internacional es algo accidental, un acto aislado. En tal caso, la aplicación de la Ley del país del prestador característico incentiva la contratación internacional: todos los contratos que celebra el prestador característico quedan sujetos, salvo elección de Ley, al mismo Derecho estatal, a su Derecho. Se potencia la aplicación de una

LXIV, pp. 795-820. También H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «*Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention*», *AJCL*, 1977, vol.25, pp. 303-331; P.H. NEUHAUS, *Grundbegriffe des IPR*, 2ª ed., Tübingen, 1976, pp. 387-494.

<sup>148</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «*Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention*», *AJCL*, 1977, vol.25, pp. 303-33, esp. p. 328, aunque lo cierto es que la fabricación de dichos relojes es una especialidad alemana, y no suiza, como subraya F. VISCHER, «*The concept of the Characteristic Performance Reviewed*», *E pluribus Unum / Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520, esp. p. 506 y nota [27].

<sup>149</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «*Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention*», *AJCL*, 1977, vol.25, pp. 303-331; U. VILLANI, «*Aspetti problematici della prestazione caratteristica*», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 524-525.

<sup>150</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, «*La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse*», *ASDI*, 1989, pp. 195-220; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 302 nota [32]: «*Plus les prestations réciproque sont nombreuses, plus les contrats deviennent complexes et plus il devient difficile de trouver le fil d'Ariane, qui conduit à la prestation caractéristique dans les dédales du contrat. Avec le développement du commerce international, la notion de prestation caractéristique est en passe de devenir un archaïsme*».

<sup>151</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, «*Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*», *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19.

<sup>152</sup> U. VILLANI, «*Aspetti problematici della prestazione caratteristica*», *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. p. 530.

Ley única y además es una Ley familiar al contratante profesional de la contratación internacional. Con ello, el profesional = prestador característico rebaja costes, lo que beneficia a todos los participantes en el comercio internacional. A ello se refería A.F. SCHNITZER cuando al diseñar la teoría de la prestación característica, entendía que el contrato se insertaba en el medio socio-económico del prestador característico: el país de la sede del profesional. Sin embargo, la explicación de A.F. SCHNITZER sólo sirve para los contratos en los que el prestador característico es un profesional y el prestador pecuniario, un mero cliente que opera ocasionalmente en la contratación internacional.

**89.** En el fondo, por tanto, y como consecuencia de la crítica interna y de la crítica sustancial, se descubre que el art. 4.2 CR tiene un “radio de acción limitado”: sólo debe aplicarse para determinar la Ley aplicable a los contratos entre profesional = prestador característico y cliente no profesional = prestador no característico, y siempre que se trate de contratos que responden a un intercambio simple de cosas o servicios por dinero. Los redactores del art. 4.2 CR sólo contemplaron y regularon este caso, no otros casos, como ha denunciado A. KASSIS<sup>153</sup>. Se producen así inevitables lagunas legales. Algunas son lagunas legales explícitas: el art. 4.2 CR excluye expresamente determinados contratos, aquéllos que carecen de prestación característica. Otras son lagunas legales ocultas o lagunas axiológicas: aunque ciertos contratos caen formalmente bajo el ámbito objetivo de la norma (art. 4.2 CR), la intención del legislador no fue regular dichos contratos. Por tanto, están igualmente excluidos del art. 4.2 CR.

**90.** Junto a la presunción fuerte y general basada en la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual del prestador característico, el convenio contenía una cláusula de escape en su 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 Convenio combina en un justo equilibrio los puntos de conexión rígidos, pensados para casos normales y los puntos de conexión flexibles, diseñados para supuestos excepcionales, supuestos en los que la conexión del caso con el país de la residencia habitual del prestador característico es débil, artificial, no significativa. De ese modo, con esta “separación de grupos casos” se refuerza la seguridad jurídica. Sólo en presencia de casos extraordinarios, los jueces deben activar esta cláusula y se evita que el sistema opere de forma arbitraria, inestable y poco previsible, lo que conjura las críticas de ciertos autores, como W. WENGLER, temerosos de que un método anglosajón en la determinación de la Ley aplicable a los contratos haga imposible saber, *ex ante*, cuál es la Ley que rige el contrato<sup>154</sup>.

La cláusula de escape recogida en el art. 4.5 CR obedece al principio de proximidad. Éste significa que el contrato debe quedar sujeto a la Ley estatal cuya aplicación al contrato sea más fácilmente previsible por los contratantes. Principio de proximidad equivale a principio de previsibilidad de la Ley aplicable. Como expresa P.E. NYGH, se trata de dejarse guiar por “*the reasonable expectations of the parties*”<sup>155</sup>. Esta versión del principio de proximidad no tiene en cuenta el contenido de los Derechos estatales potencialmente aplicables.

**91.** La determinación casuística de la Ley del contrato *ex art. 4.5 CR* es una operación complicada. Se abandona la técnica de los puntos de conexión rígidos y se acepta una metodología tópica, del caso por caso, en la que prima la argumentación más convincente, como expone con autoridad M. VIRGÓS<sup>156</sup>. Se trata de una operación particularmente compleja para los jueces continentales, no habituados a

<sup>153</sup> A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 295.

<sup>154</sup> W. WENGLER, «L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable», *RCDIP*, 1990, pp. 663-683, esp. pp. 667-668: «*la clause échappatoire constitue une violation de ce droit fondamental qu'est le droit à la certitude du droit*».

<sup>155</sup> P. HAY, «Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1991, vol.226, pp. 281-412, p. 363; P.E. NYGH, “The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1995, vol.251, pp. 269-400, esp. pp. 331-332.

<sup>156</sup> “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5302-5303, esp. p. 5297.

esta metodología, más propia del *Common Law*. Sufren un *Jet-Lag* conflictual. Para evitarlo, es necesario proporcionar modelos poderosos de *rational choice of law* que permitan hallar con facilidad el país más vinculado al contrato y la Ley que los contratantes esperan ver aplicada. Gracias a ello la cláusula contenida en el art. 4.5 CR evita la arbitrariedad judicial, explica K.H. NADELMANN, y elimina un recurso cómodo y sencillo, pero sin duda dañoso para las partes, en favor de la *lex fori*, apunta E. VITTA<sup>157</sup>.

92. En suma, el intérprete debe ponderar los “contactos” del concreto contrato con distintos países. Debe realizar un *Balancing Test* o proceso de *Counting and Weighing Contacts*: un “test” de los contactos del contrato con distintos países. Debe seguir un razonamiento “caso por caso”, contrato por contrato: cada contrato tiene sus vinculaciones y contactos específicos. Como expresan E. VITTA y M. VIRGÓS, deben tenerse en cuenta todos los elementos y contactos del contrato en cuestión<sup>158</sup>. El Convenio de Roma no establece una “tabla cerrada” de contactos a valorar: todos cuentan y no todos pesan lo mismo en el razonamiento jurídico. Si todos los contactos tuvieran el mismo “potencial localizador”, la determinación del Derecho aplicable sería, en muchos casos, imposible. Como escribe P.E. NYGH, “to make it [principle of proximity = closest connection test] workable, guidance is needed”<sup>159</sup>.

93. Los elementos con un “potencial localizador fuerte” son los que permiten prever a las partes fácilmente cuál es el Derecho aplicable al contrato. Son contactos que refuerzan el *principio de previsibilidad* de la Ley aplicable. Los elementos con un “potencial localizador débil” son los que por sí mismos no permiten a las partes prever la Ley aplicable al contrato. Sólo ayudan, indiciariamente, a ello. Entre los elementos con un “potencial localizador fuerte”, los más importantes son tres, en este orden: (1) El *lugar de ejecución del contrato*, cuando se trata de contratos celebrados y ejecutados íntegramente en *mercados regulados*, como subastas y bolsas, presenta el más alto potencial localizador. Ambos contratantes esperan ver aplicado el Derecho del país = mercado en el que contratan y en el que cumplen sus prestaciones<sup>160</sup>. Es lógico y previsible que tal Derecho rijan el contrato; (2) La sede del *contratante profesional* es el segundo elemento relevante: el art. 4.2 CR lo utiliza como conexión. En los contratos entre profesional y cliente, ambos contratantes esperan ver aplicada la Ley del país de la sede del contratante profesional. El contrato se inserta en el contexto comercial del país de la sede del profesional: es normal que ambos contratantes esperen ver aplicada la Ley de dicho país. Este elemento opera también cuando el contratante profesional no es el prestador característico, sino el pagador. Pero dicho elemento sólo opera, lógicamente, cuando uno de los contratantes es un profesional de la contratación internacional y el otro es un mero cliente que interviene esporádicamente en la contratación internacional; (3) El contexto económico en el que ha sido celebrado el contrato (*International Stream-Of-Commerce Doctrine*) es el tercer elemento en orden a su potencial localizador. Cuando el contrato se celebra previa oferta o publicidad dirigida a empresas de un Estado determinado, ambas partes esperan ver aplicada la Ley de dicho Estado. Estos tres elementos sirven como pautas o guías para ayudar a encontrar el país más estrechamente vinculado con el supuesto. No son criterios rígidos. Por ello, es posible que en un caso concreto, se demuestre que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país, caso en el cual la Ley de dicho país rige el contrato. Los demás elementos y contactos del contrato tienen un “potencial localizador débil”. Por sí mismos no facilitan a los contratantes la previsión de cuál es el país más vinculado con el contrato: tipo contractual, naturaleza y ubicación de la prestación, lugar de celebración, lugar de negociación, idioma del contrato, tribunal elegido por las partes, moneda de pago, nacionalidad

<sup>157</sup> K.H. NADELMANN, «Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations», *AJCL*, 1976, vol.24, pp. 1-21, esp. pp. 12-13; E. VITTA, «La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano», *RDIPP*, 1981, vol.XVII, 1981, pp. 837-852, esp. p. 850.

<sup>158</sup> E. VITTA, “Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali”, *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp. 261-278, esp. p. 272; M. VIRGÓS SORIANO, “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5302-5303, esp. pp. 5295-5296.

<sup>159</sup> P.E. NYGH, “The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1995, vol.251, pp. 269-400, esp. p. 332.

<sup>160</sup> M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 454-460.

de las partes, etc. Estos elementos sólo ayudan, indiciariamente, a saber cuál es el país más vinculado con el contrato. El TJUE indica que tales elementos “*carecen de verdadero valor de conexión*” (STJCE 6 octubre 2009, C-133/08, *Intercontainer Interfrigo*, FD 50)<sup>161</sup>.

## VII. El Reglamento Roma I: el regreso a los puntos de conexión rígidos

### 1. El principio de proximidad se desvanece

94. La Ley aplicable a los contratos internacionales celebrados después del 17 diciembre 2009 se determina, en todos los Estados miembros excepto Dinamarca, con arreglo al Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como “Reglamento Roma I” (arts. 28-29 RR-I). Este Reglamento constituye, en el momento presente, el centro del paisaje contractual europeo, expresa H. KENFACK<sup>162</sup>. El Reglamento Roma I recoge, sustancialmente, el texto del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980. La Comisión UE redactó una propuesta para transformar dicho Convenio en un Reglamento de la UE (Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005). No obstante, el texto final del Reglamento Roma I ha aprovechado el momento de la “transformación” del Convenio de Roma en el Reglamento Roma I, para realizar también cambios sobre el texto de dicho Convenio y para introducir ciertas innovaciones de importancia en la regulación de los contratos internacionales (“*fine-tuning of Rome I*”), como escriben P.A. NIELSEN / O. LANDO<sup>163</sup>. Una de las más importantes innovaciones y cambios es el paso de un sistema de equilibrio entre la rigidez y la flexibilidad a la hora de determinar la Ley aplicable al contrato en efecto de elección (= sistema seguido por el Convenio de Roma de 19 junio 1980) a un sistema claramente escorado hacia la rigidez, afirman D. BUREAU / H. MUIR WATT<sup>164</sup>.

95. El Reglamento Roma I coloca al criterio “elección de ley por las partes”, en la cúspide del zigurat conflictual: el contrato se rige por la “Ley elegida por las partes”, siempre que la elección de la Ley del contrato sea válida y se ajuste a los términos del art. 3 RR-I. Hasta aquí continuidad. El maestro CH. DU MOULIN sigue presente en el siglo XXI y en lo más alto se mantiene. Siglos de historia del Derecho internacional privado nos contemplan. Se confirma, pues, el primer criterio para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Sin embargo, en relación con la Ley aplicable al contrato en defecto de elección por las partes, diversas sorpresas sugestivas esperan a los juristas expertos en Derecho internacional privado escondidas en el art. 4 RR-I. El equilibrio alcanzado por el Convenio de Roma de 19 junio 1980 va a desaparecer como un azucarillo en un vaso de agua.

96. A falta de elección de Ley, o si dicha elección de Ley resulta inválida, el art. 4 RR-I distingue ocho “tipos de contratos”, y se indica la Ley estatal que rige cada uno de esos ocho “tipos de contrato” (art. 4.1 RR-I). Es el llamado “*the list system*” muy bien expuesto por P.A. NIELSEN / O. LANDO<sup>165</sup>. Ejemplo: el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la Ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual. Y así sucesivamente. Lo relevante para determinar la Ley aplicable con arreglo al art. 4.1 RR-I es el “tipo de contrato”, -compraventa, arrendamiento, etc.-, y no las circunstancias de la concreta situación contractual -residencia y nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, etc.-, ni tampoco la cantidad y calidad de las prestaciones que deben llevar a cabo los contratantes.

<sup>161</sup> STJUE 6 octubre 2009, C-133/08, *Intercontainer Interfrigo* [ECLI:EU:C:2016:40].

<sup>162</sup> H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *Journal de droit international Chunet*, 2009, pp. 2-39.

<sup>163</sup> P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687-1725.

<sup>164</sup> D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome II Partie spéciale, 3<sup>a</sup> ed., Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2014, pp. 310: «*privilegiant opportunément la rigidité sur la flexibilité, le texte nouveau a cependant été exposé à diverses critiques, d'autant plus vives que l'arbitraire des rattachements comme le caractère inadapté des solutions auxquelles ils pourraient conduire ont été dans le même temps dénoncés*».

<sup>165</sup> P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687-1725.

En el caso de que el contrato no sea uno de esos “ocho contratos típicos” o cuando el contrato sea una combinación de varios de esos ocho contratos, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2 RR-I). Lo relevante para determinar la Ley aplicable con arreglo al art. 4.2 RR-I no es el “tipo de contrato”, -licencia de patente, permuta, etc.-, ni tampoco las circunstancias de la situación contractual -residencia y nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, lugar de negociación, etc.-, sino la cantidad y calidad de las prestaciones que deben llevar a cabo los contratantes en el contrato del que se trate en el caso concreto.

Los contratos no incluidos en la lista de ocho contratos que recoge el art. 4.1 RR-I y que también carecen de prestación característica (art. 4.2 RR-I), se regirán por la Ley del país con el que presenten los vínculos más estrechos (art. 4.4 RR-I), que se determina de igual modo que mediante el art. 4.3 RR-I, es decir, mediante un análisis de todas las circunstancias de la situación contractual -residencia y nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, lugar de celebración, calidad y cantidad de las prestaciones derivadas del contrato, etc.-.

No obstante lo anterior, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4.1 y 4.2 RR-I, entonces el contrato se regirá por la Ley de este otro país (art. 4.3 RR-I). Lo relevante para determinar la Ley aplicable con arreglo al art. 4.3 RR-I no es el “tipo de contrato”, -compraventa, arrendamiento, etc.-, ni tampoco exclusivamente la cantidad y calidad de las prestaciones que deben llevar a cabo los contratantes, sino todas las circunstancias de la concreta situación contractual -residencia y nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, lugar de celebración, calidad y cantidad de las prestaciones derivadas del contrato, etc.-.

**97.** La estructura profunda (*l'économie du texte*) del art. 4 RR-I es muy sencilla. Regla primera: la Ley del contrato se determina con arreglo a una norma de conflicto que dispone de puntos de conexión extraordinariamente rígidos (art. 4.1 y 2 RR-I). Regla segunda: para casos excepcionales, se descarta el anterior punto de conexión rígido y se aplica la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato (art. 4.3 RR-I). Esto es: se da entrada a un sistema flexible de determinación de la Ley del contrato.

**98.** El legislador europeo ha buscado realizar en el art. 4 RR-I el objetivo general del Reglamento Roma I, que consiste en garantizar la “*seguridad jurídica en el espacio judicial europeo*” (Cons. 16 RR-I). Por ello, se han abandonado como soluciones generales, los puntos de conexión “flexibles” o “criterios abiertos” (*Approaches*) que necesitan ser concretados por el tribunal y que se basaban y se inspiraban en el principio de proximidad. Resulta curioso recordar que este sistema de la “lista rígida de contratos” con su punto de conexión correspondiente, ahora seguido por el legislador europeo (art. 4.1 RR-I) era el que se observaba en los países europeos socialistas en los años 60 y 70 del siglo XX (= *vid. ad ex.* §12.1 *Rechtsanwendungsgesetz* 5 diciembre 1975 DDR), como explica U. MAGNUS<sup>166</sup>. La vida produce giros llamativos. Ha caído el muro de Berlín pero ciertos modos autoritarios todavía perviven escondidos, algunos de ellos, en el Derecho internacional privado europeo. La rigidez del razonamiento jurídico es prueba de un cierto autoritarismo.

**99.** El principio de proximidad (= vínculos más estrechos, *proper law of the contract*) ha sufrido un declive notable y notorio en este art. 4 RR-I. Esta reducción ha tenido lugar a través de diversos movimientos metodológicos perfectamente visibles en el Reglamento Roma I.

En primer lugar, el principio de proximidad ha sido descartado del art. 4 RR-I como “solución general” o “principio general” para determinar la Ley aplicable al contrato en defecto de elección. En efecto, el antiguo art. 4.1 CR, que indicaba que, en todo caso, el contrato queda sujeto a la Ley del país con el que presentaba los vínculos más estrechos, ha sido eliminado radicalmente del mapa del nuevo art. 4 RR-I.

En segundo lugar, los concretos puntos de conexión que determinan la Ley aplicable a la mayor parte de los contratos propios de la práctica comercial internacional ya no son una “traducción” o un “desarrollo

<sup>166</sup> E. Magnus, “Introduction”, en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Rome I Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, pp. 6-133.

concreto” del principio de proximidad (art. 4.1 y 2 RR-I). Tales puntos de conexión dejan de ser “presunciones” que conducen a la Ley del país más vinculado con el contrato, sino puntos de conexión rígidos cuya misión primordial es concretar de modo axiomático y matemático, la Ley aplicable al contrato, sea o no la Ley del país más estrechamente vinculado con el mismo, precisan L. RADICATI DI BROZOLO y F. SALERNO<sup>167</sup>.

En tercer lugar, en el Reglamento Roma I, el principio de proximidad desempeña un papel modesto, subsidiario, arrinconado, que se concreta en varias proposiciones, bien presentadas por B. CORTESE<sup>168</sup>. Primera: el principio de proximidad se emplea, en su formulación pura anglosajona, para precisar la Ley del contrato cuando éste no es uno de los “ocho contratos” relacionados en el art. 4.1 RR-I y, además, dicho contrato no dispone de una “prestación característica” (art. 4.4 RR-I). Es decir, el principio de proximidad opera en casos “residuales” o “subsidiarios”, como una mera “cláusula de cierre” (art. 4.4 RR-I). Segunda: el principio de proximidad opera también para determinar la Ley reguladora del contrato en casos excepcionales, esto es, cuando del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4, apartados 1 ó 2 RR-I (= cuando el punto de conexión seleccionado por el legislador pierde “valor conflictual” porque constituye un mero dato anecdótico que no ayuda a las partes a prever la Ley aplicable a su contrato). Es decir, el principio de proximidad opera en casos “excepcionales” (art. 4.3 RR-I) y extraordinarios y por ello puede afirmarse que dicho precepto recoge ahora una “cláusula de excepción” y no una “cláusula de escape”. De las normas rígidas del art. 4.1.a y 4.2 RR-I no se escapa nadie salvo en casos verdaderamente excepcionales y no porque el contrato esté más vinculado con el país B que con el país A, que es aquél cuyo Derecho rige el contrato con arreglo al art. 4.1 y 2 RR-I.

## 2. Puntos de conexión rígidos y abandono de las presunciones

**100.** Los puntos de conexión recogidos en el art. 4.1 RR-I no son “presunciones” para determinar, a través de los mismos, la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato. Se trata de puntos de conexión rígidos que conducen directamente al país cuya Ley regirá el contrato. Al no tratarse de “presunciones legales” que se hallan al servicio del principio de proximidad, estos criterios no pueden ser inaplicados con el argumento de que existe un país con el que el contrato está más estrechamente vinculado que el país a cuya Ley que conducen dichos criterios rígidos. Se trata de criterios rígidos y no de presunciones que pueden ser destruidas.

**101.** Los puntos de conexión recogidos en el art. 4.1 RR-I no responden necesariamente al principio de proximidad. Los puntos de conexión rígidos recogidos en el art. 4.1 RR-I no constituyen necesariamente criterios que buscan localizar el contrato en el país más estrechamente vinculado con dicho contrato, precisa S. FRANCO<sup>169</sup>.

En ciertos supuestos, el art. 4 RR-I persigue favorecer a una de las partes del contrato. Así se aprecia, indican M.-E. ANCEL y P. PIRODDI, en los siguientes contratos: contrato de compraventa de mercaderías (art. 4.1.a RR-I), contrato de prestación de servicios (art. 4.1.b RR-I), contrato de franquicia (art. 4.1.e RR-I), y contrato de distribución (art. 4.1.f RR-I)<sup>170</sup>. Así, el hecho de que la compraventa

<sup>167</sup> F. SALERNO, “Le conseguenze della proposta di regolamento “Roma I” sulla legge italiana di diritto internazionale privato”, en G. CARELLA (Ed.), *Il nuovo diritto europeo dei contratti, dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*, Milano, 2007, pp. 179-195; L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi - Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8.

<sup>168</sup> B. CORTESE, “La proposta di regolamento «Roma I»: spunti critici sul collegamento obiettivo e rapporti con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” - Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 41-49.

<sup>169</sup> S. FRANCO, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journal de droit international Clunet*, 2009, pp. 40-69.

<sup>170</sup> M.-E. ANCEL, “Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I”, *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 561-579; P. PIRODDI, “Incoterms e luogo di consegna dei beni nel regolamento Bruxelles I”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 939-970.

se rija por la Ley del país de la residencia habitual o sede del vendedor, favorece al vendedor más que al comprador (art. 4.1.a RR-I). En efecto, para el vendedor, contratar con arreglo a “su Ley” le comporta escasos costes de información y de comportamiento (= costes conflictuales reducidos). El vendedor está habituado a operar con arreglo a esa Ley y la conoce perfectamente. Por el contrario, el comprador bien puede no conocer la Ley del vendedor, de modo que informarse sobre dicha Ley le comportará costes de información muy elevados. Además, el comprador bien puede no haber nunca adaptado su comportamiento jurídico ni sus prácticas comerciales a esa Ley, Ley que para él es una “Ley extranjera”, lo que le comportará costes adicionales (= costes conflictuales altos). En suma: la Ley del país de residencia habitual del vendedor es, para este sujeto, “su” Ley, mientras que para el comprador, es una Ley “extranjera”. Oro ejemplo: el hecho de que el contrato de franquicia se rija por la Ley del país de la residencia habitual del franquiciado, favorece a este sujeto y perjudica al franquiciador (art. 4.1 b RR-I). La razón de este favor conflictual es difícil de precisar y resulta, realmente, muy criticable, como han destacado P. LAGARDE y M.-E. ANCEL<sup>171</sup>. Se trata de una elección política (= “*choix politique de protection du franchisé*”), indica O. CACHARD, dirigida a proteger a la parte del contrato presuntamente más débil<sup>172</sup>. Al determinar la Ley del contrato de este modo rígido por “tipos contractuales”, con total desprecio de las conexiones del concreto contrato con los distintos países, el precepto, efectivamente, “*privilegia a un contratante de forma caprichosa*”, destaca L.F. CARRILLO POZO<sup>173</sup>. Los intereses y costes que asume el comprador, por ejemplo, son totalmente sacrificados para favorecer los intereses y menores costes del vendedor. Este criterio de política legislativa constituye un beneficio caprichoso del legislador en favor del vendedor, pues no tiene en cuenta el principio de previsibilidad de la Ley aplicable ni los costes conflictuales que genera. Es contrario, también al llamado, por ciertos autores, “principio de autoresponsabilidad del contratante”, pues si un potencial vendedor turco de alfombras viene a España y ofrece sus productos a un comprador español, resulta que el contrato se rige (art. 4.1. RR-I) por el Derecho turco, correspondiente al país de residencia habitual del vendedor, cuando resulta que el vendedor turco es el sujeto que conscientemente ha realizado actos de inmersión en el mercado español.

En otros supuestos, el art. 4 RR-I trata de designar la Ley de aplicación más previsible para ambos contratantes, esto es, la Ley cuya aplicación al contrato genera los menores costes conflictuales globales. En terminología más clásica, se trata de aplicar la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato, la Ley del país en el que se localiza el centro de “gravidad del contrato” (O. VON GIERKE), o la Ley del país donde radica la “sede de la relación jurídica” (F.C. VON SAVIGNY)<sup>174</sup>.

Los puntos de conexión que conducen, en principio, a la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato son los relativos a los siguientes contratos: (a) Contrato que tiene por objeto un derecho real inmobiliario o arrendamiento de un bien inmueble (art. 4.1.c RR-I); (b) Contrato de arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos (art. 4.1.d RR-I), (c) Contrato de venta de bienes en subasta (art. 4.1.g RR-I); (d) Contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros (art. 4.1 h RR-I). Ejemplo: el contrato de arrendamiento de inmueble sito en España entre arrendador con residencia habitual en Alemania y arrendatario

<sup>171</sup> P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 331-349; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 727-780; M.-E. ANCEL, “Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I”, *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 561-579; P. PIRODDI, “Incoterms e luogo di consegna dei beni nel regolamento Bruxelles I”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 939-970.

<sup>172</sup> O. CACHARD, *Droit international privé*, 7ª ed., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 170.

<sup>173</sup> L.F. CARRILLO POZO, “Rigor mortis (La ley aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980)”, en AA.VV., (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas. Verso un diritto internazionale privato europeo: risultati e prospettive*, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 11-41; ID., “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Poder Judicial*, n.74, 2004, pp. 11-46.

<sup>174</sup> F.K. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol.VIII, edición facsimilar de Ed. Comares, Granada, 2005, p. 1414; O. von GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1895, vol.I, p. 217.

con residencia habitual en Austria, se rige por la Ley española. La aplicación de esa Ley no favorece, en principio, a ninguna de las partes. Es la Ley cuya aplicación al contrato genera los costes de transacción conflictuales menores para las dos partes. Es la Ley del país más vinculado con el contrato, la Ley del país más estrechamente vinculado con la situación.

**102.** Los puntos de conexión recogidos en el art. 4.1 RR-I no constituyen una “definición propia de la UE” en torno a la prestación característica de cada tipo de contrato. Así, el contrato de distribución se rige por la Ley del país donde tiene su residencia habitual el distribuidor, pero ello no significa que la prestación característica de este contrato sea la prestación que efectúa el distribuidor. Si ésa hubiera sido ésa la intención del legislador de la UE, lo habría dicho explícitamente y el art. 4.1 RR-I diría, que no lo dice, que la prestación característica del contrato de distribución es la prestación que corresponde al distribuidor. Así lo hizo el legislador suizo (art. 117 Ley DIPr. Suiza de 18 diciembre 1987), que elaboró una “lista de contratos” e indicó cuál era la prestación característica de cada uno de ellos a efectos de concretar la Ley aplicable a los mismos. En conclusión: la lista de puntos de conexión que recoge el art. 4.1 RR-I no es, en su integridad, una lista de la prestación característica de estos ocho contratos, a diferencia del citado art. 117 de la Ley de DIPr. suiza de 18 diciembre 1987.

**103.** Resulta obligado preguntarse por qué el legislador ha elaborado “esa lista de contratos” y no otra. El operador jurídico se interroga acerca de por qué en dicha lista se encuentran, por ejemplo, el contrato de compraventa de mercaderías y el contrato de distribución y no el contrato de *leasing*, el contrato de *factoring* o el contrato de licencia de marca o patente. Para responder correctamente a la cuestión, es preciso tener presentes estos datos.

En primer término, debe indicarse que todos los contratos incluidos en la lista de los ocho contratos (art. 4.1 RR-I) están ahí con una misma finalidad (= automatizar la precisión de la Ley aplicable a los contratos internacionales), pero por motivos distintos. En efecto, el art. 4.1 a RR-I persigue “automatizar” la determinación de la Ley aplicable en la mayor parte de los contratos internacionales (= automatizar al máximo el razonamiento conflictual). El legislador quiso, con ello, potenciar el efecto útil del párrafo 1 del art. 4 RR-I. De ese modo, sólo en casos residuales (= en los menos posibles), el operador jurídico tendría que acudir a métodos técnicos más complicados para determinar la Ley del contrato. Y con ello, el legislador de la UE potencia la disminución de los costes de determinación de la *lex contractus* (= precisar la *lex contractus* en el art. 4.1 RR-I es, para el juez, una operación simple y rápida). El legislador entiende que con esta lista de estos ocho contratos, la mayor parte de los contratos de la práctica comercial internacional quedarán cubiertos y será más sencillo precisar su Ley aplicable.

En segundo lugar, es preciso señalar que cada contrato, como se ha dicho antes, está en la lista del art. 4.1 RR-I por motivos diversos. En primer lugar, el legislador seleccionó los dos tipos de contratos más frecuentes en el comercio internacional actual: el contrato de compraventa de mercaderías y los contratos de prestación de servicios. Debe tenerse presente que, con el objetivo de “automatizar” igualmente la determinación del tribunal competente, el legislador de la UE hizo ya lo mismo cuando redactó en el año 2000, el art. 5.1.b RB I-bis y en 2012 con el art. 7.1.b) RB I-bis: fijó su atención en los dos contratos más frecuentes de la práctica negocial internacional y les asignó un tribunal competente de manera automática (= compraventa de mercaderías y prestación de servicios). No es casualidad que las dos primeros contratos de la lista (= las dos primeras letras del art. 4.1 RR-I), coincidan con los contratos que recoge, desde 2000, el hoy art. 7.1 letra “b” RB I-bis. Por lo tanto, los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios están en la lista de los ocho contratos porque son los más frecuentes de la práctica negocial internacional. Si el legislador hubiera podido, se hubiera detenido ahí, como hizo en el art. 7.1.b) RB I-bis (= que sólo contiene estos dos contratos). Sin embargo, ello no fue posible. Hubo que añadir otros contratos a la lista de los ocho elegidos porque, en casos específicos, con esas dos simples categorías de contratos internacionales no era suficiente para garantizar una precisión sencilla y automática de la Ley aplicable.

En tercer lugar, los contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario y los arrendamientos prolongados y/o profesionales de bienes inmuebles son también contratos habituales en la contratación internacional. Ambos contratos se hallan en la lista del art. 4.1 RR-I (= letra “c”), ya que no



encajaban ni en la categoría de contratos de compraventa de mercaderías ni en la de prestación de servicios. El legislador de la UE entendió que el valor conflictual del lugar de situación de los inmuebles era decisivo (= indica el país más estrechamente conectado con la situación contractual). Por ello, se limitó a copiar lo que ya recogía en términos similares el art. 4.3 CR.

En cuarto término, los contratos de arrendamiento breve de bien inmueble para uso personal entre partes con residencia habitual en el mismo Estado se hallan en la lista del art. 4.1 RR-I debido a que la cláusula de excepción recogida hoy en el art. 4.3 RR-I ya no permitía hacer aplicable a estos contratos la Ley de la residencia habitual común de los contratantes. El legislador de la UE, de nuevo, se copió a sí mismo, porque, en la regulación de la competencia judicial internacional, los tribunales competentes para conocer de las controversias derivadas de estos contratos son, además de los tribunales del tribunal del Estado miembro de situación del inmueble, los tribunales del Estado miembro de domicilio común de las partes. En otras palabras, puede decirse que estos contratos se encuentran en la lista del art. 4.1 RR-I debido a que la cláusula de excepción del art. 4.3 RR-I es una “cláusula conflictualmente inútil” (= en casos muy frecuentes, esta cláusula no sirve para hacer aplicable al contrato la Ley del país más estrechamente vinculado al mismo). En efecto, sin este apartado (c) del art. 4.1 RR-I, estos contratos hubieran quedado sujetos a la Ley del lugar de situación del inmueble (*Lex Rei Sitae*), a pesar de que el contrato presenta una corta duración y ambos contratantes, con residencia habitual común en el mismo Estado, esperan, lógicamente, ver aplicada la Ley de dicho Estado (= dicha Ley les comporta costes conflictuales más reducidos que los que les comportaría la Ley del país de situación del inmueble).

En quinto lugar, el contrato de franquicia y el contrato de distribución son contratos en los que ambos contratantes se prestan servicios y se transmiten mercaderías el uno al otro. Ambos contratos están en la lista de los ocho contratos privilegiados (art. 4.1 RR-I) y disponen de un apartado separado y específico para cada uno de estos dos contratos, porque, en caso contrario, habría sido aplicable el art. 4.1.b) (= contratos de prestación de servicios: el contrato de distribución y franquicia son contratos de prestación de servicios como indica el Cons. 17 RR-I) y los tribunales de los Estados miembros hubieran entrado en *shock* anafiláctico: algunos tribunales habrían estimado que el prestador de servicios era distribuidor o el franquiciado y otros que el fabricante o el franquiciador. Durante los años de aplicación del Convenio de Roma de 19 junio 1980, la jurisprudencia de los Estados miembros había resultado contradictoria en relación con estos contratos. Algunos tribunales estimaban que el prestador característico era el fabricante (= tribunales franceses) y otros consideraban que era el distribuidor (= tribunales belgas). Por ello, dejar la precisión de la Ley aplicable en manos del art. 4.1.b) RR-I (= contratos de prestación de servicios: Ley de la residencia habitual del prestador de servicios) o en manos del art. 4.2 RR-I (= Ley de la residencia habitual del prestador característico) hubiera incrementado la incerteza conflictual. El legislador de la UE, en su búsqueda de la “conexión automática”, decidió diseñar un apartado específico para ambos contratos y así lo hizo. Apostó por la Ley de la residencia habitual del distribuidor y del franquiciado sin una razón conflictual convincente (= pues comporta un favor injustificado para estos contratantes en perjuicio de fabricante y franquiciador). Pero al menos aseguró una precisión automatizada de la Ley reguladora de ambos contratos.

En sexto lugar, por último, los contratos de venta de bienes mediante subasta y los contratos relativos a instrumentos financieros celebrados en mercados regulados, disponen de un apartado específico en la lista del art. 4.1 RR-I con el objetivo de ofrecer una solución conflictual eficiente debido a la inutilidad de la cláusula de excepción hoy contemplada en el art. 4.3 RR-I. En efecto con la redacción actual de esta cláusula, estos contratos hubieran quedado regidos por la Ley del país de la residencia habitual del vendedor de los objetos subastados o del transmitente de los activos financieros bien por efecto del art. 4.1.a), del art. 4.1.b) o del art. 4.2 RR-I. Ello hubiera comportado una solución conflictual plenamente ineficiente. En efecto, la residencia habitual del vendedor es un dato frecuentemente ignorado y desconocido en estas transacciones. La aplicación de esta Ley hubiera sido totalmente ineficiente para los contratantes (= Ley imprevisible, costes conflictuales muy elevados). El legislador de la UE ha hecho aplicable la Ley del mercado donde se negocian estas transacciones porque es la Ley que esperan ver aplicada los contratantes (= Ley de previsible aplicación, Ley que les comporta los costes conflictuales más reducidos).

En definitiva, como antes se ha indicado, no todos los contratos se encuentran en la lista de los ocho contratos privilegiados (art. 4.1 RR-I) por la misma razón, pero todos lo están con el mismo obje-

tivo: amplificar y extender al máximo posible el número de supuestos en los que la determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales se fija de modo automático, rápido y sencillo.

**104.** Por otra parte, el legislador europeo ha alterado el concepto de “prestación característica del contrato que procedía del Convenio de Roma de 19 junio 1980. Ya no se trata de “la prestación por la cual es debida el pago”, que es el concepto suizo tradicional y clásico, concepto que encontró su hogar en el art. 4.2 CR 1980. No. El Reglamento Roma I enfoca la cuestión con una doble perspectiva que podría denominarse “anglo-suiza”.

En primer lugar, para los contratos sinalagmáticos que consisten en el intercambio simple de una “cosa o actividad por dinero” sigue siendo válida la tesis tradicional y la prestación característica es la “prestación no dineraria”. Se sigue aquí el punto de vista propio de la jurisprudencia suiza sobre la prestación característica.

En segundo lugar, sin embargo, para el resto de los supuestos, y especialmente en el caso de contratos mixtos y complejos, y para los contratos que comportan prestaciones de diversa naturaleza que efectúan ambas partes, debe tenerse presente que “*la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad*” (Cons. 19 RR-I). Queda ahora por decidir qué entiende el legislador de la UE por “centro de gravedad del contrato”. Pues bien, parece ser que, para el legislador de la UE, el “centro de gravedad del contrato” radica en las “prestaciones más complejas”. El contratante que, con arreglo al concreto contrato, debe realizar las prestaciones más complejas, ése es el prestador característico. Se sigue aquí un punto de vista cercano, aunque no igual, al adoptado por la jurisprudencia inglesa sobre la vinculación más estrecha: contrato por contrato y no tipo contractual por tipo contractual. Así, por ejemplo, en el caso de un contrato de edición en el que el editor paga al autor una cantidad por su *copyright* y además publica la obra, debe considerarse que el “centro de gravedad del contrato” se sitúa en la órbita del editor, pues el autor se limita a entregar su obra, que debe ser presentada, maquetada y puesta en el comercio por el editor, que además debe pagar al autor. La Ley del país de la residencia habitual o sede del editor debe regir este contrato de edición. Esta reformulación de la teoría de la prestación característica no está exenta de críticas, pues siempre puede discutirse, en relación con casos difíciles, qué conjunto de prestaciones son “más complejas”.

De modo acorde con lo anterior, debe recordarse que, en la tradicional teoría de la prestación característica que el Convenio de Roma de 19 junio 1980 tomó del Derecho suizo, para identificar dicha prestación característica, debía arrancarse de un análisis de la “categoría” o “tipo contractual” de que se trate (= compraventa, préstamo, arrendamiento, etc.). Sin embargo, este enfoque pertenece ya al pasado. El Reglamento Roma I ha cambiado la perspectiva, principalmente, porque la proliferación de contratos atípicos en el comercio internacional actual hacía poco útil el enfoque tradicional. En efecto, con arreglo al Cons. 17 RR-I, el “centro de gravedad” del contrato debe concretarse mediante un análisis no ya sólo de la mera estructura de cambio del “préstamo”, del “*leasing*”, del “contrato de *Joint-Venture*”, etc., sino del concreto equilibrio de las prestaciones concretas tal y como lo hayan configurado las partes en su contrato en particular. En conclusión, en este segundo grupo de contratos, para identificar la prestación característica del mismo, el operador jurídico debe analizar la estructura del concreto contrato del que se trate sin consultar ninguna Ley estatal nacional específica.

### 3. Una cláusula de excepción jibarizada

**105.** Indica el art. 4.3 RR-I que “*si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país*”. Ello significa que debe activarse la cláusula de excepción si la vinculación del contrato con el país designado por los párrafos 1 y 2 del art. 4 RR-I es una vinculación puramente formal, nominal, fugaz, anecdótica y aparente, pero no sustancial ni real. El art. 4.3 RR-I tiene como objetivo evitar que el contrato quede sujeto a la Ley de un Estado que no es el Estado que presenta, claramente, vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato. El legislador entiende que ello resultaría contrario a los intereses de los contratantes y del comercio internacional. En

efecto, ello penalizaría la contratación internacional porque si el contrato quedase regulado por la Ley de un Estado que no es el Estado que presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato, ello significaría que los contratantes deberían resolver las controversias que les enfrentan y cumplir con sus obligaciones contractuales a un coste elevado. El art. 4.3 RR-I trata de evitar que el contrato quede sujeto a la Ley de un Estado cuya aplicación resulte “sorpresiva” o “inesperada” para las partes. En consecuencia, el legislador de la UE indica que la Ley del contrato debe ser “otra Ley”. Debe ser, en efecto, la Ley cuya aplicación comporta los menores costes conflictuales para ambas partes. Con otras palabras, puede afirmarse que la Ley que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato es aquella Ley estatal que permite resolver, a un coste más reducido, la controversia que enfrenta a los contratantes, la Ley que les permite cumplir con sus obligaciones contractuales a un coste más reducido.

**106.** Para comprender el funcionamiento y el auténtico radio de acción de la cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 RR-I es preciso realizar un breve recorrido histórico.

Con arreglo al art. 4.5 del Convenio de Roma de 19 junio 1980, si un contrato presentaba más vínculos y vínculos más sustanciales con un país B que los que presentaba con el país A, país al que conducían las presunciones recogidas en el art. 4.2-4 CR, la cláusula de excepción debía ser activada. Ello era así porque, en todo caso, el contrato debía quedar sujeto a la Ley del país con el que presentaba los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR) (SAP Ourense 9 junio 2015 [compraventa de máquina cortadora a entregar en España y a instalar en establecimiento sito en España], STJUE 6 octubre 2009, C-133/08, *Intercontainer Interfrigo*, FD 64)<sup>175</sup>. Esta cláusula de los vínculos más estrechos fue, con frecuencia, tergiversada por los tribunales de los Estados miembros para lograr la aplicación torticera de la *lex materialis fori*. Cualquier elemento de conexión del caso con el país cuyos tribunales conocen del asunto era aducido para declarar que el contrato presentaba vínculos más estrechos con dicho país. Entre otras, ésta es la razón por la que el legislador europeo de 2008 ha reducido de modo muy notable la posibilidad de emplear esta cláusula de excepción. Un ejemplo se extrae de la sentencia dictada por la corte di cassazione de Italia de 3 junio 2013 [garantía a primera demanda prestada por banco austriaco a empresa italiana]<sup>176</sup>. El tribunal italiano estima que el contrato de garantía a primera demanda debe regirse por el Derecho italiano ya que, aunque el art. 4.2 CR conduce a la aplicación del Derecho austriaco (= Ley de la sede de la sociedad prestadora característica), el art. 4.5 CR permite descartar dicha Ley y aplicar la Ley italiana ya que, según el tribunal, el supuesto está más conectado con Italia que con Austria, pues “*la prestazione dovuta dal garante consiste nell’assicurare la soddisfazione dell’interesse economico del beneficiario compromesso dall’inadempimento e pertanto il collegamento più stretto dell’obbligazione controversa è con l’Italia, luogo in cui la società attrice ha la sede*”. Como es evidente, el tribunal no justifica la mayor conexión del caso con Italia. Otro ejemplo se puede apreciar en la sent. Trib. Milano 26 junio 2012 [contrato de depósito de obligaciones convertibles en una sociedad inglesa]: el tribunal estima que el lugar de entrega de las obligaciones a custodiar fue Italia y que la nacionalidad de la depositante era italiana para declarar que el contrato presentaba vínculos más estrechos con Italia que con el Reino Unido, país de la sede del prestador característico, lo que en modo alguno es así<sup>177</sup>.

La Propuesta de la Comisión UE de nuevo Reglamento Roma I de 15 diciembre 2005, que afortunadamente nunca fue Derecho positivo, sugería una total desaparición de toda cláusula de excepción. El contrato quedaba sujeto a la Ley del país A si las conexiones rígidas recogidas en el art. 4.1 y 4.2 conducían a la Ley del país A, de modo que los contactos del contrato con otro país B resultaban totalmente irrelevantes, aunque los contactos del contrato fuesen más numerosos y más intensos con el país B que con el país A.

<sup>175</sup> STJUE 6 octubre 2009, C-133/08, *Intercontainer Interfrigo* [ECLI:EU:C:2016:40]; SAP Ourense 9 junio 2015 [ECLI:ES:APOU:2015:387].

<sup>176</sup> Sent. Corte Cass. Italia 3 junio 2013, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 989-994.

<sup>177</sup> Sent. Trib. Milano 26 junio 2012, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 760-762.

107. Ya en el ámbito del Reglamento Roma I, la nueva y edulcorada cláusula de excepción se sitúa, escribe J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, entre las dos posiciones anteriores<sup>178</sup>. De ese modo, para que entre en acción la cláusula de excepción (art. 4.3 RR-I) no es suficiente con que el contrato presente más y más intensos vínculos con un país B que los que presenta con el país A, país al que conduce el art. 4.1 ó el art. 4.2 RR-I. El art. 4.3 RR-I se sitúa, pues, entre el sistema antes existente en el Convenio de Roma y el sistema non-nato de la Propuesta de la Comisión UE. La cláusula de excepción (art. 4.3 RR-I) debe poder intervenir, debe dársele un efecto útil. Pero ya no lo hará como lo hacía en el Convenio de Roma de 19 junio 1980. En consecuencia, no se trata de hacer aplicable, sin más, la Ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Dicha Ley sólo se aplicará si los vínculos entre el contrato y un país determinado son “*manifiestamente más estrechos*” que los que unen al contrato y al país al que conducen los párrafos 1 y 2 del art. 2 RR-I y si se desprende “*claramente*” del conjunto de circunstancias, que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2 del art. 4 RR-I. Ambas exigencias deben distinguirse con cuidado. En la práctica, la cláusula de excepción (art. 4.3 RR-I) tendrá ciertas posibilidades de operar en varios supuestos en los que las conexiones recogidas en los arts. 4.1 y 4.2 RR-I pierden “valor de localización”, indica J. RE, y resultan ser contactos meramente formales, sólo aparentes, contactos anecdóticos, accidentales, casuales, fortuitos, fugitivos, desprovistos de significado sustancial y de “valor localizador”<sup>179</sup>.

## VIII. La Ley aplicable a las obligaciones contractuales en el Derecho internacional privado español

### 1. Antes del Código civil de 1889: la jurisprudencia del Tribunal Supremo

108. El Derecho internacional privado vigente antes de 1889 no estaba codificado ni era fácil identificar normas de conflicto de leyes claras al respecto. No existía norma alguna sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales. Debido a la muy probable intervención de JACOBO DE LAS LEYES, la Ley 15, Tít. 14, Partida Tercera apostaba por la Ley del lugar de celebración del contrato, esto es, la Ley extranjera correspondiente a los pleitos entre extranjeros o relativos a bienes situados en otros países. El art. 15.1 del código de Comercio, de forma unilateral y algo rudimentaria, también ordenaba aplicar la ley del país de celebración a los contratos mercantiles<sup>180</sup>. Hasta aquí las reglas legales. Las Partidas alfonsinas eran empleadas como texto guía por el TS, pero en realidad no eran un texto legal oficialmente en vigor. En suma, la Ley 15, Tít. 14, Partida Tercera hacía aplicable la Ley del lugar de celebración del contrato en los siguientes términos:

*“E si por aventura alegasse ley, o fuero de otra tierra que fuese de fuera de nuestro Señorío, mandamos que en nuestra tierra non aya fuerça de prueua; fueras ende en contiendas que fuessen entre omes de aquella tierra, sobre pleyto, o postura que ouiessen fecho en ella, o en razón de alguna cosa mueble, o raiz de aquel logar. Ca estonce, maguer estos estraños contendiessten sobre aquellas antel Juez de nuestro senorio, bien pueden recibir la prueua, o la ley, o el fuero de aquella tierra, que alegaren antel, e deuese por ella auerigar, e delibrar el pleyto”*<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La cláusula de excepción y los contratos internacionales. La crisis del principio de proximidad”, en C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO (Edits.), M. PENADÉS FONS (Coord.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 459-470.

<sup>179</sup> J. RE, “Rapporto sull’applicazione in Italia della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 e del Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”)”, en S. BARIATTI/I. VIARENGO/F.C. VILLATA (Eds.), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer Italia, Padova, CEDAM, 2016, pp. 83-118; J. RE, “La corte di giustizia e l’art. 4 della convenzione di Roma: il caso ICF”, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2010, pp. 407-492.

<sup>180</sup> Art. 15.1 del Código de Comercio (Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, BOE núm. 289, de 16 octubre 1885): “*Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España; con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación*”.

<sup>181</sup> Texto extraído de M. AGUILAR NAVARRO (dir.), *Textos y materiales de Derecho internacional privado*, vol.I (textos y documentos), Fac. Derecho, Madrid, 1970, p. 20.

**109.** Ahora bien, una cosa es la ley y otra cosa es la jurisprudencia. El Tribunal Supremo, antes del Código civil de 1889, se encontraba, de todos modos, ante una laguna legal. En dicho escenario, a la hora de concretar la Ley aplicable a los contratos internacionales, el TS se pronunció del siguiente modo.

**110.** Un primer grupo de pronunciamientos del TS se decantó por la Ley del lugar de celebración del contrato. Así se puede apreciar en la STS 18 marzo 1875, cuyo texto indica: “*Considerando que una letra de cambio cuya propiedad se transfiere por el endoso de los que sucesivamente la vayan adquiriendo, comprende dentro de sí, cuando esto se verifica, otros tantos contratos perfectos entre el respectivo endosante y aquél a quien la transmite independientemente del contrato primitivo celebrado entre el librador y el tomador, y que cada uno de esos contratos se rige, no solamente en cuanto a su forma, por las del lugar en que se celebran y redactan...*”. Como apunta M. VIRGÓS SORIANO, el texto citado de las Partidas dejaba la duda de saber si la aplicación de la *lex loci celebrationis* se aplicaba sólo en el caso de los contratos hubieran sido celebrados fueran entre extranjeros del país donde el contrato se había celebrado (“*fueras ende en contiendas que fuessen entre omes de aquella tierra*”)<sup>182</sup>. Sin embargo, el TS no exigió que los contratantes fueran nacionales del Estado del lugar de celebración del contrato para aplicar dicha Ley, con la posible excepción de la STS 15 noviembre 1898 (“*Gibbs and Sons c. Artola*”)<sup>183</sup>.

**111.** Un segundo conjunto de sentencias del TS se inclinó por la Ley elegida por las partes y no por la ley del lugar de celebración. Así puede verse en la STS 9 marzo 1872: “*tal pacto (sumisión al Derecho inglés) debe cumplirse, supuesto que fue estipulado por la voluntad libre de las partes y no se opone por otro lado a las leyes ni a las buenas costumbres*”<sup>184</sup>. En este caso, no obstante, no queda claro cuál fue el lugar de celebración del contrato o acuerdo. Del mismo modo se aprecia que el TS prefiere aplicar la Ley elegida por las partes en la STS 20 marzo 1877, en la que se aplica el Derecho italiano “*corno ley a la que se habían explícitamente sometido los contratantes*”, si bien este caso, es cierto que la ley italiana era también la Ley del país de celebración del contrato<sup>185</sup>.

**112.** En todo caso, es preciso afirmar que el TS no se dejó llevar por una interpretación literal e inflexible de las Partidas. El TS escapó del criterio “lugar de celebración del contrato” cuando así lo estimó oportuno para dar aplicación a la Ley que respondía en mayor medida a las expectativas de las partes contratantes.

## 2. El silencio del Código Civil de 1889: de nuevo la jurisprudencia del Tribunal Supremo

**113.** El Código Civil de 1889 no contenía una norma de conflicto para precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Ante este silencio, la solución seguida por el TS antes de la promulgación del Código Civil de 1889 se mantuvo. Los contratos se rigen por la ley elegida por las partes y, en ausencia de ésta, el TS aplica la Ley del país donde han sido celebrados, como destaca A. MARÍN LÓPEZ<sup>186</sup>. El TS acepta la prevalencia de la elección de la Ley aplicable por las partes con este argumento: si en los casos “internos”, casos sin elementos extranjeros, las partes podían establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimaban oportunos (art. 1255 CC), en los casos “internacionales”, las partes debían también disponer de autonomía y seleccionar la Ley estatal a la que deseaban ajustar su contrato. Con alguna inflexión poco clara, el TS siempre defendió la aplicación de la Ley elegida por las partes de modo expreso como primer criterio para precisar la ley aplicable a los contratos internacionales. Sólo en defecto de elección el TS aplicó la ley del país de celebración del contrato.

<sup>182</sup> M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, parte especial, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 295-376, esp. pp. 303-308.

<sup>183</sup> STS 15 noviembre 1898, *Jurisprudencia Civil*, vol. 85, p. 306.

<sup>184</sup> STS 9 marzo 1872, *Jurisprudencia Civil*, vol. 25, p. 295.

<sup>185</sup> STS 20 marzo 1877, *Jurisprudencia Civil*, vol. 36, p. 186.

<sup>186</sup> A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho internacional privado (Derecho civil internacional)*, 5ª ed., Granada, 1989, pp. 327-337.

**114.** Así, a favor de la Ley elegida por las partes, se inclina la STS 28 febrero 1928: “*porque no se tiene en cuenta que el contrato de compraventa de que se trata fue concertado en Manchester (Inglaterra) para ser cumplido en dicho país, toda vez que se pactó que la entrega de la mercancía debía ser “franco bordo Manchester” y, por tanto, no pueden aplicarse a su cumplimiento las leyes nacionales de España, sin darles un carácter de extraterritorialidad, incompatible con la más elemental equidad, ya que las leyes españolas no pudieron ser tenidas en cuenta por una sociedad domiciliada en el extranjero y para cumplir un contrato concertado en su país de origen y sometidas sus diferencias a un arbitraje...*”. De todos modos, vuelve aquí a producirse una concurrencia de conexiones a favor del Derecho inglés: hubo una elección, implícita, del Derecho inglés, si bien el contrato se firmó en Inglaterra. De la misma manera, a favor de la Ley elegida por los contratantes se manifiesta la STS 29 mayo 1933, relativa a un contrato de trabajo a cumplirse fuera de España, el TS da aplicación a la Ley elegida por las partes (Ley de Marruecos): “*Que no desvirtúa esta tesis la circunstancia de que el obrero demandante y el patrono demandado sean españoles, pues si es cierto que la identidad de la ley nacional de los contratantes puede servir para determinar la ley aplicable al contrato, ello sucede sólo en defecto de voluntad expresa y cuando no pueden utilizarse otros criterios preferentes según el mismo precepto, entre ellos el de la voluntad de los contratantes, inducida de sus actos y el de la naturaleza del contrato, y es visto que, en el caso presente, los actos propios de los contratantes, al aceptar una jornada superior a la de la ley española... demuestran precisamente que no fue propósito de las partes sujetarse a la ley española sobre limitación de jornada*”<sup>187</sup>.

**115.** El caso más importante fallado por el TS en relación con los contratos internacionales y a favor de la Ley elegida por las partes fue el que constituyó objeto de la STS 19 diciembre 1930 (“*Metropolitan Opera c. Burró Fleta*”), muy bien explicado por M. VIRGÓS SORIANO<sup>188</sup>. Miguel Burró Fleta fue un célebre tenor lírico oscense nacido en Albalate de Cinca en 1897 y fallecido en La Coruña en 1938. Su fama había ido en aumento constante, de modo que celebró un contrato con la Metropolitan Opera House de Nueva York que le obligaba a cantar durante tres temporadas en dicha ciudad. El contrato se firmó en Nueva York y contenía una cláusula a cuyo tenor “*la interpretación del presente contrato y todas las cuestiones que de éste se puedan deducir serán regidos por las leyes del Estado de Nueva York*”. Sin embargo, tras haber cumplido el primer año de contrato, Miguel Fleta no se presentó a la segunda. Alegó que su pasaporte no le había sido expedido y no podía viajar por motivos relacionados con el cumplimiento de su servicio militar. En realidad siempre se sospechó que su voz se había deteriorado a causa de una fuerte faringitis aguda y que por dicha razón, Miguel Fleta no quería actuar en la Ópera de Nueva York. Ante la negativa de Miguel Fleta a viajar a Nueva York y cumplir con sus obligaciones contractuales, la Metropolitan Opera House de Nueva York solicitó la rescisión del contrato y el pago de la indemnización al efecto que estaba contemplada en una cláusula penal específica del contrato. Así las cosas, la Metropolitan Opera House de Nueva York presentó demanda contra Miguel Fleta ante los tribunales españoles. El TS, sin dudar, indicó que el contrato estaba sujeto al Derecho neoyorkino porque así lo habían establecido las partes: “*no puede negarse el principio universal sancionado por el Derecho internacional privado y especialmente consignado en nuestras leyes desde la del ordenamiento*”, que “*la autonomía voluntad de los contratantes es la fuente preferente para resolver las cuestiones afectas a las convenciones, en todo lo que no se oponga al orden social, al imperio de las leyes prohibitivas y a la soberanía del territorio donde se pide la ejecución...*”. Como ha mostrado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, esta sentencia pone de relieve que el TS consideraba que el primer criterio para la fijación de la Ley aplicable a los contratos internacionales era la voluntad de las partes, por encima del criterio “*lugar de celebración del contrato*”<sup>189</sup>.

<sup>187</sup> STS 29 mayo 1933 [R.3921].

<sup>188</sup> M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado*, parte especial, vol. II, Oviedo, 1984, pp. 295-376, esp. pp. 303-308. *Vid.* STS 19 diciembre 1930, *Jurisprudencia Civil*, vol. 197, p. 677.

<sup>189</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Una noche en la ópera con el Derecho internacional privado: el caso de Miguel Fleta, el mejor tenor del mundo”, *Accursio DIP Blog*, 18 abril 2021 (<http://accursio.com/blog/?p=1283>). Una versión revisada de dicho texto se encuentra en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Una noche en la ópera con el Derecho internacional privado: el caso de Miguel

**116.** A favor de la Ley del lugar de celebración del contrato, pero en defecto de elección de Ley por las partes se pronuncia la STS 19 octubre 1910, en un supuesto también de gran confusión fáctica. El TS aplica el art. 15 CCom. y la ley del país donde se celebraron los contratos, que era la Ley española: “*Considerando que sin desconocer, ni menos negar el fallo recurrido, la facultad del deudor de pagar en sus propias acciones, conforme á los convenios antes expresados, es evidente que afirma la imposibilidad de realizarlo, porque no disponiendo de aquellos valores tampoco podía adquirirlos, según expresa prohibición del art. 134 de la ley de Sociedades, de Bélgica, en cuyo país parece instituida la Compañía demandada y hoy recurrente, y con arreglo al art. 166 del Código de comercio español, al que por virtud del art. 15 del mismo están sujetas las Sociedades extranjeras en los actos y contratos que realizasen en nuestro territorio; y entendiéndolo así la Sala sentenciadora, Y declarando en consecuencia, que de las prestaciones establecidas en el contrato, sólo era posible la del pago en efectivo metálico, que el demandante reclamaba, no incurre en los errores ...*”. Del mismo modo, a favor de la Ley del país de celebración del contrato y en ausencia de elección de Ley por las partes se muestra la STS 15 noviembre 1898, en un caso de nuevo confuso. El TS aplica el Derecho español, pues las letras de cambio en cuestión se habían girado a nombre de una sociedad española y presuntamente, se habían girado en España: “*Considerando que tampoco existe la infracción del art. 518 del Código de Comercio, porque la condena se funda principalmente en el contrato celebrado entre la Sociedad Artola Hermanos, de París, y la casa Gibbs and Sons, de Londres, y mayormente cuando demandados individualmente los cinco hermanos, éstos eran los que constituían la Sociedad de París y la de San Sebastián, en liquidación, y á nombre de esta última se giraron las letras*”.

### 3. El art. 10.5 del Código civil introducido en 1974

#### A) Las conexiones: la Ley sigue a la jurisprudencia

**117.** En 1974 el art. 10.5 CC se ocupó de la cuestión de la Ley aplicable a los contratos internacionales en su redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil<sup>190</sup>. Es preciso subrayar, con M. VIRGÓS SORIANO, que este precepto se inspiró en la jurisprudencia del TS, de modo que, visto que el TS había estimado que el criterio preferente para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales era la ley elegida por los contratantes, éste fue acogido como criterio principal: la Ley siguió, una vez más, a la jurisprudencia. Los dos siguientes puntos de conexión del precepto eran nuevos: la nacionalidad común de las partes y, en su defecto, la residencia habitual común de las partes. El último punto de conexión recogido por el art. 10.5 CC fue el lugar de celebración del contrato. De ese modo, en círculo se cerró de manera curiosa y paradójica: el que fuera el primer punto de conexión para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales en Derecho internacional privado español, el lugar de celebración del contrato, pasó a ser el último de todos, y es que es verdad que, en ocasiones, los primeros serán los últimos<sup>191</sup>. En definitiva, los criterios acogidos por el art. 10.5 CC fueron los siguientes.

**118.** En primer lugar, se aplica a los contratos la Ley elegida por partes siempre que la sumisión fuere expresa y que la Ley elegida tuviera alguna conexión con el negocio de que se trate. La conexión fue aplicada por la jurisprudencia sin ambages (STS 9 noviembre 1984, SAT Palma Mallorca 13 octubre

---

Fleta, el mejor tenor del mundo”, en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado*, Ed. Derecho y Letras - Rapid Centro Color, Murcia, 2022, pp. 364-368.

<sup>190</sup> BOE núm.163 de 9 julio 1974.

<sup>191</sup> Art. 15.5 CC: “*Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. | No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen*”.

1988, STS 7 septiembre 1990, SAP Alicante 4 octubre 1995, STSJ Madrid Social 13 julio 1992 [contrato de mantenimiento de aviones e instalaciones norteamericanas en España, sometido por las partes al Derecho de Virginia, US], SAP Ciudad Real 19 abril 1996 [sumisión tácita en favor de la Ley española], STS 3 marzo 1997 [sumisión expresa al Derecho de los Estados Unidos de América), SAP Madrid 10 julio 2000 [contrato de arrendamiento de motor de aeronave y sumisión al Derecho de Georgia, US], SAP Islas Baleares 10 marzo 2009 [contratos sujeto a Derecho inglés no probado)]<sup>192</sup>.

**119.** En su defecto, debía acudirse a la Ley nacional común a las partes (STS 14 octubre 2014 [contrato de préstamo concluido en China entre nacionales chinos], SAP Madrid 2 julio 2012 [contrato de préstamo sujeto al Derecho chino y prescripción]; SAP Barcelona 20 abril 1998; SAP Barcelona 11 julio 2000 [contratantes ambos españoles]). Es posible aplicar, para casos de Derecho interregional, la vecindad civil común de las personas jurídicas *factio juris* (SAP Tarragona 22 octubre 2020 [Ley aplicable a la prescripción])<sup>193</sup>. A falta de nacionalidad común, el art. 10.5 CC ordenaba aplicar la Ley de la residencia habitual común de los contratantes. En último término, se daba aplicación a la Ley del lugar de celebración del contrato (SAP Madrid 1 abril 2014 [contratos sujeto a la Ley argentina], STSJ Navarra 8 septiembre 2014 [contratos y Derecho interregional], SAP Islas Baleares 16 febrero 2009)<sup>194</sup>.

Para precisar cuál es el lugar de celebración del contrato, debe recurrirse al art. 1262 CC (= el contrato entre ausentes, salvo pacto en contrario, “*se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta*”), una norma de origen belga y específicamente diseñada para estos casos, explica muy bien M. VIRGÓS SORIANO<sup>195</sup>. Cierta jurisprudencia ha indicado que si no es posible determinar el país de celebración del contrato ni siquiera a través del art. 1262 CC, entonces se entenderá celebrado en el lugar de su ejecución (Sent. JMerc Pontevedra, núm. 3, auto de 24 junio 2011 [contrato de consignación de buque sujeto al Derecho de Nueva Caledonia]: “*Puesto que no consta que los servicios de consignación se hubieran contratado desde España por la sociedad demandada, ni siquiera electrónicamente, por lugar de celebración del contrato ha de entenderse aquél en el que el mismo despliega sus efectos o debe cumplirse*”)<sup>196</sup>.

**120.** El art. 10.5 CC también recoge conexiones específicas para determinados tipos de contratos. Así, “*a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen*” (SAP Barcelona 12 febrero 2014 [prueba del Derecho colombiano y contratos sobre inmuebles])<sup>197</sup>. En este sentido la rescisión por lesión constituye una cuestión contractual que se rige, en el caso de contratos relativos a bienes inmuebles, por la Ley del lugar donde tales bienes se encuentran (SAP Barcelona 7 julio 2011 [ley aplicable a la rescisión por lesión de finca situada en Burgos e inaplicación de los arts. 321 ss. Compilación Cataluña])<sup>198</sup>. La venta de inmuebles se rige por la Ley del lugar de situación de éstos (SAP Girona 4 febrero 2021 [prescripción y Derecho interregional: inmueble sito en Alicante]; SAP Girona 24 mayo 2013 [compraventa de inmueble situado en Gerona])<sup>199</sup>.

<sup>192</sup> STS 9 noviembre 1984 [ECLI:ES:TS:1984:1872]; SAT Palma Mallorca 13 octubre 1988 [RGD 1989\532-33, pp.745-746]; STS 7 septiembre 1990; [ECLI:ES:TS:1990:6131]; SAP Alicante, Sec.4.ª, 4 octubre 1995 [AC 1995\1820]; STS 3 marzo 1997 [ECLI:ES:TS:1997:1494]; STSJ Madrid Social 13 julio 1992 [AS 1992\3697]; SAP Ciudad Real 19 abril 1996 [AC 1996\749]; SAP Madrid 10 julio 2000 [AC 2000\2436]; SAP Islas Baleares 10 marzo 2009 [ECLI:ES:APIB:2009:190].

<sup>193</sup> STS 14 octubre 2014 [ECLI:ES:TS:2014:5567]; SAP Madrid 2 julio 2012 [ECLI:ES:APM:2012:13346]; SAP Barcelona 20 abril 1998 [AC 1998\875]; SAP Barcelona 11 julio 2000 [AC 2000\1524]; SAP Tarragona 22 octubre 2020 [ECLI:ES:APT:2020:1356].

<sup>194</sup> SAP Madrid 1 abril 2014 [ECLI:ES:APM:2014:4922]; STSJ Navarra 8 septiembre 2014 [ECLI:ES:TJSNA:2014:286]; SAP Islas Baleares 16 febrero 2009 [ECLI:ES:APIB:2009:144].

<sup>195</sup> M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 99-101.

<sup>196</sup> Auto. JMerc Pontevedra, núm. 3, 24 junio 2011 [AC 2011\2020].

<sup>197</sup> SAP Barcelona 12 febrero 2014 [ECLI:ES:APB:2014:892].

<sup>198</sup> SAP Barcelona 7 julio 2011 [ECLI:ES:APB:2011:7774].

<sup>199</sup> SAP Girona 24 mayo 2013 [ECLI:ES:APGI:2013:628]; SAP Girona 4 febrero 2021 [ECLI:ES:APGI:2021:43].



## B) La supervivencia del art. 10.5 del Código Civil en el siglo XXI

**121.** El art. 10.5 CC es todavía aplicable en ciertos supuestos en pleno siglo XXI. Así, en primer término, el art. 10.5 CC se aplica para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales firmados antes de la entrada en vigor para España del Convenio de Roma de 19 junio 1980 (SJCA Palma de Mallorca núm. 1 de 6 junio 2012 [art. 10.5 CC], STS 1 abril 2011 [contrato de arrendamiento de servicios a ejecutar en Argentina], SAP Navarra 16 noviembre 2001, STS 4 julio 2006, SAP Madrid 3 mayo 2006, STS 29 septiembre 1998, STSJ Madrid Social 28 febrero 2006, STS 30 diciembre 2005, STSJ Madrid 20 diciembre 2005, SAP Murcia 11 diciembre 1995, STS 8 abril 2005, STSJ Canarias Social 7 marzo 2005, STSJ Madrid Social 25 abril 2005, STS 17 enero 2005, AAP Tarragona 23 octubre 2004 [contrato de transporte], STS 3 julio 2003 [contrato de fletamento], SAP Barcelona 11 julio 2000, SAP Barcelona 26 mayo 2000, SAP Islas Baleares 16 febrero 2009 [contrato de préstamo celebrado en Alemania y aplicación de la *Lex Loci Celebrationis* ex art. 10.5 CC])<sup>200</sup>.

**122.** En segundo término, el art. 10.5 CC es aplicable, igualmente, para determinar la Ley reguladora de los contratos excluidos del ámbito material de aplicación de dicho Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento Roma I y de cualquier otra normativa legal internacional (STS 23 marzo 2010 [accidente de circulación en Suiza y contrato de seguro: residencia habitual común de las partes])<sup>201</sup>.

**123.** En tercer lugar, el art. 10.5 CC se aplica para determinar la Ley aplicable a los contratos que suscitan problemas de Derecho interregional. La jurisprudencia es abundante: SAP Girona 24 mayo 2013 [compraventa de inmueble situado en Girona], STSJ Cataluña, Civil y Penal, 26 mayo 2011 [Ley reguladora de la prescripción de acciones derivadas de contrato]<sup>202</sup>. Por otro lado, ciertos tribunales españoles han utilizado erróneamente el art. 10.5 CC para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles o extranjeros (STSJ Madrid Social 12 febrero 2003 [jurisdicción marroquí], STS 9 mayo 2003, SAP Zamora 28 mayo 1999 [competencia de los tribunales españoles])<sup>203</sup>.

## 4. El crepúsculo del Derecho internacional privado español y el amanecer del Derecho internacional privado europeo

**124.** Desde 1993 los tribunales españoles ya no aplican el art. 10.5 CC para precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Sólo queda, como se ha señalado, para casos transitorios y residuales y para el Derecho interregional. Como casi todas las normas de Derecho internacional privado, el art. 10.5 CC ha entrado en fase cuarto menguante. Subrayan A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, que los Estados miembros han transferido competencias soberanas a la UE, y, lógicamente, cuantas más competencias se han transferido a la UE, menos competencias conservan ya en sus manos los Estados miembros. Cuando aumenta el número de normas de Derecho internacional privado europeo

<sup>200</sup> STS 29 septiembre 1998 [ECLI:ES:TS:1998:5490]; STS 3 julio 2003 [ECLI:ES:TS:2003:4671]; STS 17 enero 2005 [ECLI:ES:TS:2005:78]; STS 8 abril 2005 [ECLI:ES:TS:2005:2122]; STS 30 diciembre 2005 [ECLI:ES:TS:2005:7709]; STS 4 julio 2006 [ECLI:ES:TS:2006:4079]; STS 1 abril 2011 [ECLI:ES:TS:2011:1805]; STSJ Madrid, Social, 20 diciembre 2005 [AS 2006\606]; STSJ Madrid Social 28 febrero 2006 [JUR 2006\118738]; STSJ Canarias Social 7 marzo 2005 [AS 2005\1016]; STSJ Madrid Social 25 abril 2005 [AS 2005\1268]; AAP Tarragona 23 octubre 2004 [ECLI:ES:APT:2004:640A]; SAP Barcelona 11 julio 2000 [AC 2000\1524]; SAP Murcia 11 diciembre 1995 [AC 1995\2277]; SAP Barcelona 26 mayo 2000 [AC 2000\2274]; SAP Islas Baleares 16 febrero 2009 [ECLI:ES:APIB:2009:144]; SAP Navarra 16 noviembre 2001 [ECLI:ES:APNA:2001:1246]; SAP Madrid 3 mayo 2006 [ECLI:ES:APM:2006:5619]; SJCA Palma de Mallorca núm. 1 de 6 junio 2012 [RJCA 2012\430].

<sup>201</sup> STS 23 marzo 2010 [ECLI:ES:TS:2010:3313].

<sup>202</sup> SAP Girona 24 mayo 2013 [ECLI:ES:APGI:2013:628]; STSJ Cataluña, Civil y Penal, 26 mayo 2011 [ECLI:ES:TSJCAT:2011:6728].

<sup>203</sup> STSJ Madrid Social 12 febrero 2003 [JUR 2004\135958]; STS 9 mayo 2003 [ECLI:ES:TS:2003:3152]; SAP Zamora 28 mayo 1999 [AC 1999\1442].

decrecen las normas aplicables del Derecho internacional privado español<sup>204</sup>. Hoy los ojos de la jurisprudencia española de Derecho internacional privado se detienen en el Reglamento Roma I. Este fenómeno no es ni bueno ni malo: es, simplemente, el signo de los tiempos.

## **IX. Reflexiones finales. Los juristas que miraban las estrellas y los genios jurídicos del Derecho internacional privado. Contra la visión marxista de la Historia y el Derecho**

**125.** La historia del Derecho internacional privado en el ámbito de los contratos internacionales es la historia de un viaje fascinante. La aventura inicia en la muy Alta Edad Media, en un mundo en el que no existen los Estados sino las naciones. Un mundo en el que las fronteras son variables y los pueblos son nómadas, cuando las personas venden, compran y donan, cada uno, según su Ley personal, y más tarde, con arreglo a la Ley que ellos libremente elegían. Así lo hizo el Cid Campeador al otorgar arras a su esposa „*por fuero de León*“ en 1074. El recorrido prosigue por abadías, conventos y palacios obispaes en los que canonistas solitarios, preocupados y preguntados por cuál debe ser la Ley que rige los contratos concluidos entre personas de distintos lugares, afirman que tales contratos deben regirse por la Ley del lugar de su celebración. Obispos, canonistas y juristas están de acuerdo en ello. Las obras de BERNARDO DE PAVÍA, GUILLAUME DURANT, PIERRE DE BELLEPERCHE, JEAN FABRE y tantos otros así lo expresan. Sin embargo, algunos legistas y profesores de Universidades medievales comprenden, no mucho tiempo más tarde, que el lugar de celebración del contrato puede ser fortuito y, por tanto, puede llevar a una Ley que no tiene nada que ver con el Derecho que los contratantes tenían en sus mentes cuando celebraron el contrato.

**126.** A partir del siglo XIV, en efecto, los legistas se abren a otra solución: los contratos deben regirse, al menos parcialmente, por la Ley del lugar donde deben ejecutarse las obligaciones. El gran BARTHOLO DA SASSOFERRATO así lo indica y muchos juristas contemporáneos a él y también posteriores corroboran su teoría. Por otra parte, un brillante y joven jurista francés llamado CHARLES DUMOULIN, el gran heterodoxo del Derecho internacional privado, apuesta por otro criterio: la autonomía de la voluntad conflictual de los contratantes. Triunfa esta vía y desde el siglo XVI hasta el siglo XXI nadie pone ya en duda que los contratos deben regirse, en primer lugar, por la Ley elegida por los contratantes. Se trata de un estudioso del Derecho internacional privado que forjó, en el siglo XVI, una teoría que quinientos años más tarde, sigue en lo más alto, admirada y reconocida en textos legales vigentes en todo el mundo.

**127.** Queda por decidir cuál debe ser la Ley aplicable al contrato en defecto de elección por las partes, lo que no es problema pequeño. Durante el siglo XIX, dos corrientes nacen.

Por un lado, algunos países fijan la ley aplicable a los contratos a través de puntos de conexión muy flexibles. La teoría de la *proper law of the contract* y el sistema francés del „cúmulo de índices“ se encuentran en este enfoque. En éste, el protagonismo es del juez. El juez decide, caso por caso, contrato por contrato, cuál es el país más vinculado con el contrato y todos los datos de la situación contractual se tienen presentes, todos los contactos del contrato con todos los países cuentan. Al final, tras una operación de razonamiento jurídico consistente en „contar y pesar“ los contactos del contrato con los distintos países, debe aplicarse la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos con este contrato. Ahora bien, este enfoque también provoca problemas. Genera una gran inseguridad jurídica, una falta alarmante de certeza legal. Es difícil saber que Ley rige el contrato hasta que el juez cristaliza su razonamiento sobre la ley del contrato y fomenta, precisamente por ello, la litigación sobre la determinación de la Ley del contrato.

Por otro lado, y frente a la perspectiva flexible anterior, otros países siguen un sistema contrario: el método de los puntos de conexión rígidos. Países como Italia, Alemania, Suiza, Portugal y España prefieren aplicar la Ley de la nacionalidad común de las partes, la Ley de la residencia habitual común

---

<sup>204</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2022, vol. I, pp. 301-314.

de las partes, el lugar de celebración del contrato y el lugar de ejecución del mismo como criterios subsidiarios a la elección de Ley por las partes. Criterios objetivos. Los partidarios del lugar de ejecución conocieron el éxito en muchos países, particularmente en Alemania y Suíza, países en los que la jurisprudencia les dio la razón. Pero tampoco por los juristas dedicados al Derecho internacional hay felicidad cumplida en esta vida y, con los años, el lugar de ejecución volvió a suscitar muchos problemas, viejos problemas ya presentes en las tesis de BARTHOLO DA SASSOFERRATO. En efecto, podía haber varios lugares de ejecución de las obligaciones, lo que conducía a la aplicación distributiva de varias leyes estatales a distintos aspectos de un mismo contrato. Además, el lugar de ejecución no siempre era importante en la estructura del contrato. El criterio se revela imperfecto.

**128.** Surge entonces una nueva vía, un nuevo amanecer en el razonamiento jurídico. Es la vía de las presunciones. Se utilizan elementos objetivos para afirmar que el contrato se rige por la Ley de un país porque se presume que es la ley del país más vinculado con el contrato. Así se expresa el Convenio de Roma de 29 junio 1980. Son presunciones objetivas *iuris tantum* (método rígido) que se pueden, por tanto, desvirtuar. En tal caso, se procede a dar entrada a la Ley del país más vinculado con el contrato que se debe determinar *in casu* (método flexible). Si la presunción conduce a la aplicación de la Ley del país más vinculado con el contrato, prevalece dicha presunción y el método de los puntos de conexión rígidos. Por el contrario, si la presunción traiciona al principio general de la vinculación más estrecha, entonces ésta se descarta y se da entrada al método de los puntos de conexión flexibles y al protagonismo judicial. Parece, por tanto, que se ha alcanzado la sistema perfecto, la armonía metodológica más acabada, el equilibrio perfecto, el nirvana del razonamiento conflictual. Porque en el equilibrio está la virtud máxima.

**129.** Sin embargo, este perfecto y ponderado equilibrio que proporcionaba el Convenio de Roma de 19 junio 1980 se abandona. El Reglamento Roma I, obsesionado con la idea del automatismo en la determinación de la ley del contrato, vuelve a apostar por los puntos de conexión rígidos en su art. 4, párrafos 1 y 2. El contrato de compraventa se rige por la Ley de la residencia habitual del vendedor, el contrato de distribución se regula por la ley de la residencia habitual del distribuidor y así sucesivamente. Sólo en casos muy excepcionales que se verifican cuando el punto de conexión objetivo no presenta ningún valor conflictual se descarta tal punto de conexión y se fija la ley del contrato con arreglo a puntos de conexión flexibles. En el Reglamento Roma I, el contrato no se rige ya siempre por la ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos: se rige por la Ley determinada a través de criterios rígidos y objetivos. El giro metodológico es violento. En nombre de la seguridad jurídica, de la certeza legal y de la facilidad en la precisión de la Ley aplicable a los contratos en defecto de elección por las partes, el siglo XXI comienza para la Eeel Derecho internacional privado de la Unión Europea con un retorno a la rigidez.

**130.** A leer los textos de Derecho internacional privado hoy vigentes en el siglo XXI se observan trozos de la historia, vestigios de lo que fue el razonamiento conflictual durante más de mil años, recuerdos del pasado, vetas de madera noble.

En el artículo 10.5 del Código Civil español está el lugar de celebración del contrato, último punto de conexión para fijar la Ley aplicable a ciertos contratos. Se ven los restos de la aportación de los canonistas medievales, de JACOBO DE LAS LEYES, se ven las Partidas alfonsinas del siglo XIV, se observan los pensamientos de los canonistas medievales, se lee el razonamiento de ROCHUS CURTIUS. El lugar de celebración allí está y recuerda a todos los que leen ese precepto legal lo importante que fue en su momento saber que los contratos se regían por el Derecho del país donde fueron celebrados.

Los ojos del lector que se dirigen al artículo 10.5 del Código civil español se cruzan también con algunos puntos de conexión que hoy revisten menos importancia pero que algún momento de la historia también fueron relevantes: la residencia común de las partes o la nacionalidad común de las partes, un recuerdo de la explosión del estatuto personal debida al gran PASQUALE STANISLAO MANCINI.

En este viaje al pasado que se produce cuando se lee una norma de Derecho internacional privado vigente en el siglo XXI se encuentran también trozos del pasado en los que se aprecia la importancia que tuvo el lugar de ejecución. Se puede leer el pasado en el artículo 12.2 del Reglamento Roma I que

somete ciertas cuestiones relativas a las “modalidades de ejecución” de las obligaciones a la Ley de lugar de ejecución del contrato. En ese precepto vemos el genio inmarcesible de BARTHOLO DA SASSO-FERRATO en el siglo XIV y el ingenio elegante y kantiano de F.K. VON SAVIGNY en el siglo XIX. Se puede ver ahí, en ese mismo precepto, la postura de la jurisprudencia alemana y suiza de los siglos XIX y XX.

A leer los textos de Derecho internacional privado del siglo XXI, el lector se encuentra con CHARLES DUMOULIN en el artículo 3 del Reglamento Roma I. En un precepto que proclama que la Ley aplicable a los contratos internacionales debe ser, en primer lugar, la Ley elegida por las partes porque eso beneficia la seguridad jurídica y las expectativas de las partes. También el lector del Reglamento Roma I puede ver cómo la teoría suiza de la prestación característica está ahí, en el artículo 4, párrafo 2 del Reglamento Roma I. Una teoría suíza en un Reglamento de la Unión Europea que también se puede leer en algunos de los párrafos del artículo 4.1 del Reglamento Roma I.

El operador jurídico también puede viajar al siglo XIX y contemplar la teoría de la *proper law of the contract* seguida en el Reino Unido cuando lee las frases recogidas en el artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una teoría inglesa cuyas raíces se hunden en el mundo conceptual alemán propio de F.K. VON SAVIGNY y O. VON GIERKE.

Los juristas que aman la ponderación en el razonamiento jurídico todavía hoy pueden admirarse al detectar en el párrafo cuarto del artículo 4 del Reglamento Roma I, vestigios y señales de lo que fue el Convenio de Roma de 19 junio 1980: un sistema en el cual, en un platillo de la balanza se situaba el método de las presunciones, los puntos de conexión rígidos, mientras que en el otro platillo se encontraba el método flexible, pensado para para casos extraordinarios en los que los puntos de conexión rígidos no garantizan que el contrato quedase regido por una Ley previsible por las partes.

**131.** El Derecho internacional privado hoy vigente en España en el sector de los contratos internacionales constituye un precipitado histórico. Es el resultado caleidoscópico de mil años de evolución del razonamiento y del pensamiento jurídico. Ese resultado representa el progreso, la mejoría de las normas jurídicas. Y esa mejoría se debe a la aportación de auténticos genios del Derecho. Personas concretas con nombres y apellidos que supieron ver y tener presentes todos los aspectos de la contratación internacional y dar, así, una respuesta a la pregunta de cuál debe ser la Ley aplicable a los contratos internacionales. Sin BERNARDO DE PAVÍA, BARTHOLO DA SASSOFERRATO, BALDO DE UBALDIS y tantos otros, los juristas no habrían comprendido el valor del lugar de celebración y del lugar de ejecución como puntos de conexión para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Sin la aportación de JACOBO DE LAS LEYES, el Derecho internacional privado español habría sido, sin duda alguna, un desierto yermo, triste y gris durante cientos de años. Él introdujo en España las normas de conflicto de leyes creadas en Italia cuando escribió en las Partidas alfonsinas. Sólo CHARLES DUMOULIN, en un ejercicio de fantasía creativa intelectual sin precedentes, pudo concebir la teoría de la autonomía de la voluntad conflictual en el siglo XVI. Fue el genio A.F. SCHNITZER el que hizo reflexionar a toda Europa sobre la conveniencia de aplicar la Ley de la residencia habitual del prestador característico y fue el inmenso talento sistematizado debido a F.K. VON SAVIGNY el que llevó al mundo jurídico a comprender que debe determinarse la Ley del contrato con la vista puesta más en los intereses de los particulares que en los intereses de los Estados. Los juristas de hoy deben mucho también a PAUL LAGARDE y MARIO GIULIANO, expertos legales contemporáneos que aportaron un equilibrio elegante, distinguido y refinado al proceso de fijación de la Ley aplicable a los contratos internacionales. Ese sincretismo metodológico es admirable. Por otro lado, los juristas de hoy que enseñan el Derecho internacional privado del pasado son también figuras de primer orden que han desentrañado textos e ideas no siempre fáciles. Los nombres de B. ANCEL, C. CAMPIGLIO, F. GAMILLSCHEG, M. GUTZWILLER, H. LEWALD, E.M. MEIJERS, F. STURM, y tantos otros, deben ser valorados como grandes transmisores de las raíces del mejor Derecho internacional privado.

**132.** No fue un grupo social de juristas remilgados y repeinados al servicio de intereses de una clase dominante el que hizo progresar al Derecho internacional privado en el ámbito de los contratos internacionales. Han sido todos esos juristas brillantes antes citados, y muchos más, con nombres y apellidos. Contra la visión marxista de la historia del Derecho, -que, mediante un uso fetichista del lenguaje ignora a las personas y sólo cree en colectivos que no existen, como la „clase proletaria“ o la

„burguesía“-, contra esa perspectiva que no cree en los seres humanos, debe hoy más que nunca afirmarse que todos los que se dedican al Derecho internacional privado son deudores de estos pensadores, auténticos genios del razonamiento jurídico. Personas, con nombres y apellidos, que pusieron su mente al servicio del intercambio internacional y que crearon un Derecho internacional privado como un producto de su trabajo, de su esfuerzo, de su estudio y de su talento. Juristas concretos que, en un destello de genialidad, han defendido la teoría de la prestación característica, el lugar de celebración o de ejecución del contrato, el sistema de las presunciones jurídicas, la *proper law of the contract* y tantas otras ideas jurídicas. Todos esos grandes juristas creían y defendían que la libertad es la base de la prosperidad y creían y sostenían, por ello, también, que el intercambio era bueno para la sociedad y formularon propuestas jurídicas para ello. Los expertos legales que hoy leen el Reglamento Roma I son como los que miran las estrellas. Dicen los astrónomos que aquéllos que miran las estrellas ven el pasado. Ven, en realidad, cómo eran esas estrellas cuando emitieron su luz, hace miles, quizás millones, de años. Los juristas que hoy leen el Reglamento Roma I también ven el pasado. Observan el pasado y dialogan con las que han sido las más grandes mentes del Derecho internacional privado en mil años de historia. Eso, sin duda, es un privilegio al alcance de muy pocos.