

# CONTRATOS INTERNACIONALES, PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA Y LA TEORÍA DE LA *STREAM-OF-COMMERCE*

por

***Javier Carrascosa González***

Profesor Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. Ley aplicable a los contratos internacionales: *Historical Background*. 1. Introducción. 2. Lugar de celebración del contrato (*Lex Loci Celebrationis*). 3. Lugar de ejecución del contrato (*Lex Loci Executionis*). 4. Autonomía de la voluntad y Ley previsible por las partes. 5. Las soluciones europeas sobre la Ley aplicable a los contratos en el siglo XX. II. Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. 1. Introducción. 2. Las interpretaciones del art. 4 CR. 3. Presunción general (art. 4.2 CR): identificación de la prestación característica. 4. Fundamento de la presunción de la prestación característica. 5. Críticas a la presunción de la prestación característica. 6. Lagunas legales del art. 4.2 CR. A) Contratos sin prestación característica. B) Contratos en los que el prestador característico es un no profesional. C) Contratos entre profesionales de la contratación internacional. 7. Integración de las lagunas legales del art. 4.2 CR. A) Aspectos generales: el criterio de los vínculos más estrechos. B) Contratos sin prestación característica. C) Contratos en los que el prestador característico es un no profesional. D) Contratos entre profesionales de la contratación internacional.

\* \* \* \*

## **I. Ley aplicable a los contratos internacionales: *Historical Background*.**

### **1. Introducción.**

1. La división del mundo en Estados, cada uno con su propio Derecho de contratos, hace preciso determinar la "Ley estatal" que regula el contrato internacional y las obligaciones que nacen del mismo. El Derecho internacional privado (DIPr.) debe cumplir, ante este problema, una función doble: 1º) Proporcionar criterios que sirvan para precisar con exactitud la Ley aplicable al contrato de modo que los contratantes puedan conocer, con *anticipación y previsibilidad*, que Ley estatal regirá su contrato (*principio de previsibilidad*); 2º) Proporcionar criterios que conduzcan a *Leyes cuyo contenido sea de alta calidad* en materia de contratos.

2. La precisión de la Ley aplicable a los contratos internacionales ha sido siempre una labor muy difícil para los juristas dedicados al DIPr. Y ello por varias causas: 1º) Los contratos *generan obligaciones*, que son "creaciones jurídicas" sin una *sede física* (F. VISCHER, O. LANDO, L.F. CARRILLO POZO, M. VIRGÓS SORIANO, etc.)<sup>1</sup>. Es imposible, por tanto, indicar la Ley aplicable refiriéndose al país de la situación de la *cosa física* objeto de la relación jurídica; 2º) 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, etc. Detenerse en el *elemento internacional* no es tampoco una buena solución para fijar la Ley reguladora del contrato; 3º) Los *intereses* implicados en la contratación internacional, tanto públicos como privados, son de gran complejidad, y requieren una solución ajustada, un *equilibrio difícil*.

## 2. Lugar de celebración del contrato (*Lex Loci Celebrationis*).

3. Dejando aparte precedentes remotos, -apuntados con acierto por H. LEWALD y F. STURM<sup>2</sup>-, es en la Baja Edad Media cuando el problema comienza a plantearse como una cuestión propia.

4. Como explica H. BATIFFOL, los primeros en acercarse a la cuestión fueron los canonistas, basándose en dos Leyes del Digesto: la Ley *Si Fundus* y la Ley *Contraxisse*<sup>3</sup>. No obstante, el Derecho Romano, -del que se extraían las Leyes *Si Fundus* y *Contraxisse*-, era una base poco sólida: la Ley *Si Fundus* se refiere a un problema concreto de interpretación de la voluntad de los contratantes y la Ley *Contraxisse* trata la cuestión de la competencia judicial en materia de contratos, no la cuestión de la "Ley aplicable" a los mismos.

5. La primera regla formulada para dar solución a la cuestión fue, -como observó K. NEUMEYER, al que sigue sin fisuras la doctrina posterior-, la regla *Lex Loci Celebrationis*: los contratos se rigen por la Ley del país donde se han celebrado<sup>4</sup>.

Así se pronunció GUILLAUME DURANT, nacido en Languedoc en 1237 y fallecido en 1296, obispo de Meuge, llamado el *Speculator*, en su muy conocida obra *Speculum Juris*: el juez debe

---

<sup>1</sup> F. VISCHER, "The Antagonism...", 1974, p. 53; O. LANDO, "Contracts", 1976, pp. 58-62; L.F. CARRILLO POZO, *El contrato...*, 1994, p. 33; M. VIRGÓS SORIANO, "La ley...", 1996, p. 5302.

<sup>2</sup> H. LEWALD, *Conflicts...*, Atenas, 1946; F. STURM, "Comment...", 1979, pp. 259-273, en los que, en relación con los contratos entre griegos y egipcios, se sugieren ciertas posibles normas de conflicto: el contrato se regía por la Ley del país en cuyo idioma estaba redactado el contrato.

<sup>3</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*. Vid. H. BATIFFOL, *Les conflits...*, 1938, pp. 19-23.

<sup>4</sup> K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche...*, 1916, pp. 84 y 135 ss. En el mismo sentido, M. GUTZWILLER, "Le developpement...", 1929, pp. 287-400; A. LAINE, *Introduction...*, vol.I, 1888, pp. 118 ss; E.M. MEIJERS, "L'histoire...", 1934, pp. 543-686; O. LANDO, "The Conflicts...", 1984, pp. 241-243; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit...*, II, 1983, p. 259; J. DOLINGER, "Evolution...", 2000, p. 369.

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>5</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>6</sup>.

Igualmente ofrece idéntica solución (*Lex Loci Celebrationis*), BERNARDO DE PAVÍA en su obra *Summa Decretalium*, a finales del siglo XII<sup>7</sup>.

En el siglo XIV, la solución *Lex Loci Celebrationis* se mantiene. Autores como JEAN FABRE<sup>8</sup>, en sus obras *Commentarius in Institutionis y Breviarum in Codicem*, la sostienen.

**6.** ¿Qué razón de ser tenía la regla *Lex Loci Celebrationis*? La justificación de la solución 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*. Por tanto, todos los actos celebrados en su territorio deben regirse por su Ley: lo contrario sería un atentado contra la Soberanía del Estado. Esta solución (*Lex Loci Celebrationis*) fundada en la Soberanía estatal se acogió en las Partidas, texto legal del Medioevo español, e incluso fue adoptada por la jurisprudencia española posterior (STS 18 marzo 1875).

**7.** Pero justificar la regla *Lex Loci Celebrationis* para los contratos en el respeto de la *Soberanía del Estado* era un argumento muy débil. No explicaba bien el por qué de la regla, ya que podía conducir a resultados sin sentido que perjudicaran a los contratantes. Su razón de ser hay que explicarla con otros fundamentos. A tal fin, surgen tres "nuevas explicaciones".

Primera explicación. La mayor parte de los canonistas y legistas ya citados y defensores de la *Lex Loci Celebrationis*, -subraya de nuevo K. 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>9</sup>. Ello es comprensible. En la Baja Edad Media, -observa 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, por lo que pueden prever fácilmente su aplicación al mismo<sup>10</sup>. La explicación es buena, pero sólo funciona, lógicamente, cuando el lugar de celebración del contrato es previamente conocido por los contratantes.

Segunda explicación. En el siglo XV, PAUL DE CASTRE (fallecido en 1441), defiende el criterio *Lex Loci Celebrationis* con una explicación singular: 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*

---

<sup>5</sup> A. LAINE, *Introduction...*, vol.I, 1888, p. 118.

<sup>6</sup> A. LAINE, *Introduction...*, vol.I, 1888, p. 121.

<sup>7</sup> P. MAYER, *Droit...*, 1998, p. 48; L. RIGAUD, "Contribution...", 1950, pp. 376 ss.

<sup>8</sup> A. LAINE, *Introduction...*, vol.I, 1888, p. 129. J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho...*, 1992, p. 303.

<sup>9</sup> K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche...*, 1916, pp. 84 y 135 ss.

<sup>10</sup> M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones...", 1995, p. 158; ID., "La ley...", 1996, p. 5292.

*a statutis loci originis, ita et actus*<sup>11</sup>. Sería algo parecido al "*statut personnel*" del contrato". La explicación es original e ingeniosa, pero, como la anterior, no es satisfactoria si el lugar de celebración del contrato es fortuito o casual, porque resulta difícil prever cuál es la "Ley del contrato".

Tercera explicación. La proporciona, con gran sagacidad, ROCHUS CURTIUS (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 la aplicación de dicha Ley"<sup>12</sup>. La explicación de ROCHUS CURTIUS da en la diana. De todos modos, como expresa H. BATIFFOL, la autonomía de la voluntad conflictual no 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 se utiliza para explicar la razón de ser de la *Lex Loci Celebrationis*<sup>13</sup>.

**8.** La solución "lugar de celebración del contrato" (*Lex Loci Celebrationis*) se emplea desde el siglo XIV hasta el siglo XIX para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales. Así, se utiliza en Inglaterra hasta 1865 y sobre todo en ciertos *States* de los USA, por influjo de la teoría de los derechos adquiridos (*Vested Rights*), teoría de raíz holandesa y que fue desarrollada por U. HUBER<sup>14</sup>. En el siglo XIX, autores como T. ASSER, A. WEISS, F. LAURENT y otros defendieron la conexión "lugar de celebración" para los contratos internacionales<sup>15</sup>. Incluso en el *State* de Nueva York se mantuvo hasta 1954<sup>16</sup>.

**9.** Pero 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*". Y ello por varias razones: a) El lugar de celebración suele ser fortuito; b) Es frecuente que el contrato se celebre por correspondencia o medios similares o con intermediación bancaria; c) El lugar de celebración es un elemento externo a la estructura del contrato; d) El lugar de celebración puede ser fraudulentamente buscado por las partes para hacer válido un contrato que, en otras circunstancias, hubiera sido nulo (J.D. MC.CLEAN / MORRIS)<sup>17</sup>; e) El lugar de celebración del contrato no existe hasta que el contrato se ha celebrado. Por estas cinco razones, el punto de conexión "lugar de celebración del contrato" pierde valor: conduce a Leyes imprevisibles por los contratantes y a veces es muy complicado fijar cuál es el lugar de celebración del contrato.

La doctrina se lanza a la búsqueda de *criterios alternativos*. La erosión de la regla *Lex Loci Celebrationis* es un proceso muy complejo y muy extendido en el tiempo.

---

<sup>11</sup> A. LAINE, *Introduction...*, vol.I, 1888, p. 189.

<sup>12</sup> A. LAINE, *Introduction...*, vol.I, 1888, p. 205; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit...*, II, 1983, p. 259.

<sup>13</sup> H. BATIFFOL, *Les conflits...*, 1938, pp. 19-23.

<sup>14</sup> J.D. MC.CLEAN: *Morris...*, 1994, p. 253; O. LANDO, "The Conflicts...", 1984, p. 243.

<sup>15</sup> F. VISCHER, *Internationales...*, 1962, p. 35; ID., "The concept...", 1996, p. 501.

<sup>16</sup> J.D. MC.CLEAN: *Morris...*, 1994, p. 253.

<sup>17</sup> J.D. MC.CLEAN: *Morris...*, 1994, p. 253.

## 2. Ley del lugar de ejecución (*Lex Loci Executionis*).

10. El primero en cuestionar la aplicación exclusiva a los contratos internacionales de la *Lex Loci Celebrationis* es el gran jurista BARTHOLO DE SASSOFERRATO, al que se atribuye la *invención* de la "teoría de los estatutos". El ilustre maestro italiano entiende que, tratándose de la sustancia de los contratos (*ipsius litis decisio*), hay que distinguir: a) La "formación y efectos del contrato" (*quae oriuntur secundum ipsius contractus naturam tempore contractus*), por un lado, se someten a la Ley del país de celebración del contrato (*Lex Loci Celebrationis*), basándose en la citada Ley *Si Fundus* del Digesto; b) Las "consecuencias del contrato" (*quae oriuntur ex postfacto propter negligentiam aut moram*), por otra parte, -como las que derivan de la inejecución del mismo, la mora o la prescripción-, se rigen por 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>18</sup>.

11. La distinción entre "efectos inmediatos del contrato" y "consecuencias del contrato", y la nueva solución de DIPr. forjada por BARTHOLO DE SASSOFERRATO, es acogida también por SALICET (1363-1412)<sup>19</sup>.

12. Otro autor que sigue fielmente la distinción de BARTHOLO DE SASSOFERRATO es el francés LOUIS BOULLENOIS, ya en el siglo XVIII, en su obra, fechada en 1727, titulada *Démisions de Biens*. No obstante, en 1766, da un paso más audaz en su obra *Traité de la personnalité et de la réalité des loix*, basándose en 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>20</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. DUMOULIN.

13. La importancia dada por BARTHOLO DE SASSOFERRATO al lugar de ejecución tuvo gran influencia en construcciones posteriores.

El mismo F.K. VON SAVIGNY entendió 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, y por tanto defendió el punto de conexión del lugar de ejecución (*Lex Loci Executionis*). Estimaba F.K. V. SAVIGNY que el lugar de ejecución era determinado por los contratantes, por lo que reflejaba, en

---

<sup>18</sup> H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit...*, I, 1993, p. 374. Según E.M. MEIJERS, la famosa distinción de BARTHOLO DE SASSOFERRATO se encuentra ya en GUILLAUME DE CUN, que fue profesor en Toulouse en el siglo XIV: E.M. MEIJERS, "L'histoire...", 1934, p. 601; J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho...*, 1992, pp. 305-306, A. LAINÉ, *Introduction...*, vol.I, 1888, pp. 135-137; O. LANDO, "The Conflicts...", 1984, p. 241.

<sup>19</sup> A. LAINÉ, *Introduction...*, vol.I, 1888; pp. 179-181; J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho...*, 1992, pp. 305-306; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit...*, II, 1983, p. 259.

<sup>20</sup> L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des loix*, París, 1766, tomo II, p. 451.

cierto sentido, su voluntad<sup>21</sup>. La doctrina de F.K. VON SAVIGNY influyó en la jurisprudencia de varios países, como Suiza y Alemania.

Incluso, actualmente, ciertas cuestiones relativas a las "modalidades de ejecución" de las obligaciones se rigen por la Ley de lugar de ejecución del contrato.

**14.** Pero la solución *Lex Loci Executionis* presentaba numerosos problemas: a) 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, aunque fue la acogida en el siglo XIX en Alemania; b) Además, en ocasiones, el lugar de ejecución es meramente coyuntural, como ocurre con las entregas de mercancías en países que no son ni el país del vendedor ni el país 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; c) El lugar de ejecución podía no venir determinado en el contrato, con lo que se necesitaba precisar el Derecho que debía concretar la noción: el proceso se vuelve muy complicado<sup>22</sup>; d) El criterio no opera correctamente cuando los contratantes fijan lugares de cumplimiento opcionales, lo que es frecuente en las transacciones internacionales<sup>23</sup>; e) La distinción que realizase BARTHOLO DE SASSOFERRATO entre "efectos del contrato" y "consecuencias del mismo" no es clara. Sus discípulos eran conscientes de ello y si no abandonaron la distinción de BARTHOLO DE SASSOFERRATO fue para no contrariar al maestro.

**15.** El criterio *Lex Loci Executionis* no comporta, pues consecuencias positivas: las partes no pueden prever con facilidad la Ley aplicable al contrato. Otras propuestas surgen.

#### **4. Autonomía de la voluntad y Ley previsible por las partes.**

**16.** Una postura diferente se halla, ya en el siglo XVI, en la obra del jurista francés CH. DUMOULIN, nacido en París en 1500 y fallecido en 1566, abogado del Tribunal de París, y uno de los mayores maestros de toda la historia del DIPr.<sup>24</sup>

**17.** En primer lugar, con ocasión de los contratos matrimoniales, CH. DUMOULIN afirma, en su célebre *Consilium LIII*, que éstos deben regirse por la Ley elegida, expresa o tácitamente, por los contratantes. CH. DUMOULIN no es el primero en recoger la idea de "autonomía de la voluntad conflictual". Ya lo hizo ROCHUS CURTIUS, el auténtico precursor. Pero 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

---

<sup>21</sup> J. DOLINGER, "Evolution...", 2000, p. 370.

<sup>22</sup> M. VIRGÓS SORIANO, "La ley...", 1996, p. 5302.

<sup>23</sup> J.D. MC.CLEAN, *Morris...*, 1994, p. 254.

<sup>24</sup> A. LAINÉ, *Introduction...*, vol.I, 1888, pp. 228-231; J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho...*, 1992, p. 328.

el campo de los contratos (T. BALLARINO / A. BONOMI)<sup>25</sup>.

**18.** En segundo lugar, el gran mérito de CH. DUMOULIN 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. DUMOULIN 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. DUMOULIN explica con sumo acierto el sentido de la regla *Lex Loci Celebrationis* mediante ejemplos y "escapa" de dicha regla cuando no es satisfactoria, esto es, cuando no satisface el *principio de previsibilidad = proximidad*<sup>26</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*.

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. DUMOULIN 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 del domicilio del vendedor. Dicha Ley es la que los contratantes esperan ver aplicada.

**19.** En definitiva, CH. DUMOULIN afirma que, en defecto de elección de Ley por los contratantes, deben emplearse *criterios flexibles*, -a veces el lugar de celebración, a veces el lugar del domicilio de las partes, a veces otros criterios-, que conduzcan a una "Ley previsible por los

---

<sup>25</sup> T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto...*, 1999, p. 22; O. LANDO, "The Conflicts...", 1984, pp. 241-243.

<sup>26</sup> CH. DUMOULIN reformula, en su obra *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus* (Comentario al *Codex* de Justiniano, libro primero, título primero, edición de 1681, tomo III, p. 554), la Ley *Si Fundus*, para evitar su aplicación a casos en los que el lugar de celebración es fortuito: "*non de loco contractus fortuiti sede domicilii prout crebrius usuvenit in mobilia non vendi penegre, sed in loco domicilii*".

contratantes".

## 5. Las soluciones europeas sobre la Ley aplicable a los contratos en el siglo XX.

20. Este *overbooking* de teorías sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales pronto fue aclarándose en la práctica de los tribunales europeos ya en los siglos XIX y XX.

21. El punto de conexión *autonomía de la voluntad conflictual*, -que, como se ha visto, tenía poderosos precedentes históricos en CH. DUMOULIN y ROCHUS CURTIUS-, 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>27</sup>.

Algunos países adoptaron tal solución en su jurisprudencia. Así ocurrió en Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Inglaterra, Escocia, Irlanda, Dinamarca, y en España. Efectivamente, en España, el TS hace prevalecer la Ley elegida por los contratantes y sólo en su defecto acude a la Ley del lugar de celebración del contrato, -que era la solución acogida por las *Partidas*:- STS 9 marzo 1872, STS 20 marzo 1877, STS 15 noviembre 1898, STS 18 marzo 1875, STS 19 octubre 1910.

Otros países acogieron la solución explícitamente 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: reforma del Código Civil de 1974.

El criterio de la autonomía de la voluntad fue aceptado también en numerosos Convenios internacionales que abordaban la regulación de concretos tipos de contratos internacionales, -venta, contratos de intermediarios, etc.-.

El criterio 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).

22. Sin embargo, permanece la duda a la hora de fijar la Ley aplicable al contrato en defecto de elección de Ley por los contratantes. En Europa se aprecia la existencia de dos grandes corrientes.

23. 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 de "contactos": el juez decide, *in casu*, cuál es el país más vinculado con el contrato, valorando todos los elementos del mismo y sus diferentes contactos con distintos países<sup>28</sup>.

La teoría se desarrolla en los países anglosajones. Así, en Inglaterra, se abandona lentamente el criterio *Lex Loci Celebrationis* y se opta por la tesis de la *Proper Law of the*

---

<sup>27</sup> M. GIULIANO/P. LAGARDE, "Informe...", 1992, pp. 14-15.

<sup>28</sup> M. GIULIANO/P. LAGARDE, "Informe...", 1992, pp. 17-18.

*Contract*: cada 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<sup>29</sup>. Dicha Ley suele ser la Ley del país de ejecución del contrato cuando dicho lugar es único: caso *The Assunzione* (1954)<sup>30</sup>. En Derecho escocés y en Derecho irlandés, las soluciones son similares a las del Derecho inglés.

En Francia, el sistema es parecido: en defecto de elección de Ley, se aplica la Ley del país con el que el contrato presenta una relación más estrecha, utilizando diversos índices para averiguar los contactos del contrato con los diferentes países.

En Alemania, prevalece la elección de las partes; si éstas nada han dispuesto, se deberá investigar la *hypothetischer Parteiwille*, la voluntad hipotética de las partes, "teniendo en cuenta los intereses generales presentes en cada caso concreto"<sup>31</sup>. En caso de que no pueda identificarse una *hypothetischer Parteiwille*, la Ley que regula el contrato es la Ley del país de ejecución de cada una de las obligaciones que nacen del contrato.

**24.** Una segunda corriente acoge puntos de conexión *rígidos*. El juez debe limitarse a comprobar si concurren determinadas circunstancias y a aplicar el Derecho designado por un punto de conexión determinado, sin valorar libremente los contactos del contrato con los distintos países.

Así, en Italia, se optaba por la Ley elegida por las partes; en su defecto, por la Ley nacional común de los contratantes, y a falta de esta Ley, se aplica la Ley del país donde se haya celebrado el contrato (art. 25 Código Civil de 1942).

En Suiza se prefirió la teoría de las *coupures*, -tributaria de la tesis escisionista de BARTHOLO DE SASSOFERRATO-, pero que sería abandonada a mitades del siglo XX, para acoger la célebre *teoría de la prestación característica*: el contrato se rige por la Ley del país de la sede del prestador característico del contrato.

En España, el art. 10.5 Cc. privilegió la elección de Ley; en defecto de ésta, 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 rígid" en materia contractual.

**25.** 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*. Pero había poderosas divergencias a la hora de determinar la Ley que debía regir el contrato en defecto de elección de Ley por los contratantes. Dos corrientes contrapuestas se enfrentaban.

**26.** Así las cosas, el 19 junio 1980 ve la luz el Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR), en vigor actualmente para todos los Estados comunitarios. Dicho Convenio establece criterios uniformes, -válidos para todos estos países-, y que deben servir

---

<sup>29</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 18.

<sup>30</sup> J.D. MC.CLEAN, *Morris...*, 1994, pp. 254-255; A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 191.

<sup>31</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, pp. 17-18.

para fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección por las partes. ¿Qué solución adopta el Convenio de Roma al respecto?

## **II. Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.**

### **1. Introducción.**

**27.** El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR), está en la actualidad vigente en todos los países comunitarios<sup>32</sup>. Se prevé que en el futuro, -y gracias a las previsiones del art. 65 TCE introducido por el Tratado de Amsterdam-, el Convenio de Roma se transforme en un Reglamento comunitario, dando cumplimiento a lo que la mejor doctrina denomina la "comunitarización del Derecho internacional privado"<sup>33</sup>.

**28.** 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 una tradición jurídica europea que se remonta a los siglos XV y XVI y a los estudios de ROCHUS CURTIUS y de CH. DUMOULIN: antes de la elaboración del Convenio, todos los países comunitarios 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 informe, -elaborado por M. GIULIANO / P. LAGARDE-, adjunto al Convenio de Roma<sup>34</sup>.

### **2. Las interpretaciones del art. 4 CR.**

**29.** A falta de elección de Ley por los contratantes, -por falta de acuerdo entre los mismos, imprevisión de las partes, intentos de evitar toda Ley estatal-, o cuando esta elección no sea válida, -porque no se ajusta a lo previsto en el Convenio-, la Ley reguladora del contrato internacional se fija mediante el art. 4 CR. La interpretación de este artículo, profundamente complicado, exige un estudio detenido del mismo.

**30.** El art. 4 CR presenta los siguientes caracteres:

1º) El art. 4 CR utiliza criterios *objetivos* para determinar la Ley del contrato: no se tiene en

---

<sup>32</sup> Vid. su "texto consolidado" en DOCE C 27 de 26 enero 1998. Para España, vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "España...", 1994, pp. 446-451.

<sup>33</sup> Vid. "Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil" (DOCE C12 de 15 enero 2001). Vid. J. BASEDOW, "The communitarisation...", 2000, p. 687 ss.; ID., "European...", 2001, pp. 175-192; CH. KOHLER, "Interrogations...", 1999, pp. 1-30; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, "El art. 65...", 2001, pp. 89-115; F. POCAR, "La comunitarizzazione...", 2000, pp. 873-884; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Derecho...", 1999, pp. 383 ss.

<sup>34</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, pp. 14-15.

cuenta la *voluntad presunta* o *hipotética* de los contratantes (*hypothetischer Parteiwille*), criterio seguido en Alemania antes del Convenio de Roma.

2º) El art. 4 CR tiene 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*.

El sistema de fijar la Ley aplicable a los contratos internacionales mediante una *presunción simple* es conocido en DIPr. 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 LDIPr. Suiza: art. 117 LDIPr. 1987.<sup>35</sup>

3º) En realidad, el art. 4 CR combina *dos métodos* de determinación de la Ley aplicable a los contratos internacionales (U. VILLANI)<sup>36</sup>:

a) El *método anglosajón* (*principio de proximidad*): el contrato 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, 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 el contrato 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* (R. PLENDER, E. VITTA, M. GIULIANO / P. LAGARDE, P.M. NORTH, etc.)<sup>37</sup>: se analizan los vínculos con un *país*, no con su *ordenamiento jurídico*, que es 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.

b) 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.

**31.** El resultado de la combinación de ambos métodos en el art. 4 CR es *explosivo* y, por tanto, difícil de explicar. La doctrina discute en torno al *resultado final* de la combinación de ambos métodos<sup>38</sup>, habiéndose gestado, al menos, cuatro teorías al respecto.

---

<sup>35</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 303.

<sup>36</sup> U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, pp. 514-515.

<sup>37</sup> R. PLENDER, *The European...*, 1991; M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 18; E. VITTA, "La convenzione...", 1981, pp. 837-X52; ID., "L'incidenza...", 1982, pp. 389-409; ID., "Influenze...", 1983, pp. 261-278; P.M. NORTH, "Reform...", 1990, p. 184; J. DOLINGER, "Evolution...", 2000, p. 386.

<sup>38</sup> A.J.E. JAFFEY, "The English...", 1984, pp. 531-560; O. KAHN-FREUND, "La notion...", 1973, pp. 607-627; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, pp. 521-522; G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation...", 1989, pp. 195 ss.

**32. 1º) Método casuístico puro** (R. BARATTA, A. KASSIS, CH. REITHMANN / D. MARTINY)<sup>39</sup>. Según esta interpretación, se debe determinar, *caso por caso*, el país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos, teniendo en cuenta *todos los elementos* de la operación contractual. Es la *línea anglosajona* de interpretación del precepto, la victoria de la *Proper Law Of The Contract* (P.M. NORTH, P. KAYE, P.R. WILLIAMS)<sup>40</sup>. Las presunciones del art. 4 CR pierden valor porque pueden, en todo caso, ser *destruidas* por un análisis de los contactos del contrato con diversos países (art. 4.5 CR). Por tanto, la regla general, la que debe ser aplicada en primer lugar, es la regla de los *vínculos más estrechos* (art. 4.1 CR). Las presunciones sólo son *un elemento más* a tener en cuenta para hallar el país más vinculado con el contrato, una *mera guía* para el intérprete y el juez.

**33. 2º) Método casuístico con atribución de un papel "residual" a las presunciones** (R. VANDER ELST, A. HEINI, A.L. DIAMOND, J.D. MC.CLEAN / MORRIS)<sup>41</sup>. Según esta tesis, -tributaria de la anterior-, se deben analizar todas las circunstancias del caso concreto para acreditar cuál es el país más estrechamente vinculado al contrato. Las presunciones contenidas en el art. 4 CR sólo sirven para fijar la Ley del contrato en el caso de que existan *dudas graves* sobre cuál es el país más estrechamente vinculado con el contrato. Ello sucederá en presencia de contratos conectados con muy diversos países.

**34. 3º) Método casuístico con atribución de un papel "relevante" a las presunciones** (L. CARRILLO POZO, A. BORGIOLI)<sup>42</sup>. Según esta postura, -que es también una derivación de la primera-, hay que determinar, *in casu*, el país más vinculado con el contrato, pero las presunciones serán el elemento de *mayor peso* para identificar ese país.

**35. 4º) Método de las "presunciones fuertes" o tesis oficial.** Es la tesis mayoritaria en la doctrina, defendida por autores como M. MAGAGNI, U. VILLANI, H. GAUDEMET-TALLON, F. POCAR, M. GIULIANO / P. LAGARDE, M. VIRGÓS, C.G.J. MORSE, TH.M.DE BOER, O. LANDO, E. VITTA, etc.)<sup>43</sup>. Las presunciones constituyen la *primera solución* para la determinación de la Ley del

---

<sup>39</sup> CH. REITHMANN / D. MARTINY, *Internationales...*, 1988; R. BARATTA, *Il collegamento...*, 1991, pp. 178-185; A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, pp. 303-312; M. FRIGO, "La determinazione...", 1994, pp. 17-34; C. CAMPIGLIO, "Prime...", 1992, pp. 241-254.

<sup>40</sup> P.M. NORTH, "The EEC...", 1980, pp. 382-388; P. KAYE, *The new...*, 1993, pp. 187-191; P. ROSS WILLIAMS, "The EEC...", 1986, pp. 1-31.

<sup>41</sup> J.D. MC.CLEAN: *Morris...*, 1994, p. 263: "In other words, the primacy of the test of closest connection is reasserted (...) the presumptions will be resorted to only in 'tie-break' situations, and will have little importance in most cases"; A. HEINI, "Vertrauensprinzip...", 1983, pp. 149-159; R. VANDER ELST, "L'unification...", 1973, pp. 243-254; A.L. DIAMOND, "Conflict...", 1979, pp. 155-177; ID., "Harmonization...", 1986, pp. 133-321.

<sup>42</sup> L.F. CARRILLO POZO, *El contrato...*, 1994, pp. 96-106; A. BORGIOLI, "La Convenzione...", 1983, pp. 149-156.

<sup>43</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 18; F. POCAR, "L'unification...", 1978, pp. 165-193; ID., "L'entrata...", 1991, pp. 249-252; H. GAUDEMET TALLON, "Le nouveau...", 1981, pp. 247-248; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 533; M. MAGAGNI, *La prestazione...*, 1989, pp. 428-430; TH.M. DE BOER, "The EEC...", 1990, pp. 50-56; C.G.J. MORSE, "The EEC...", 1983, pp. 107-171; M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones...", 1995, pp. 158. ID., "Art.10.5 Cc.", 1995, pp. 609-694; ID., "El convenio...", 1986, pp. 753-825; ID., "La ley...", 1996, pp. 5302-5303; O. LANDO, "The EEC...", 1974, pp. 6-55; E. VITTA, "Influenze...", 1983, p. 273.

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.

**36.** Las tres primeras tesis son rechazables porque reducen drásticamente el papel de las "presunciones" contenidas en el art. 4 CR ignorando la voluntad de los redactores del Convenio, dando una prevalencia injustificada al método anglosajón.

**37.** La tercera interpretación, la *tesis oficial* es, pues, preferible. Responde a la voluntad de los redactores del Convenio de *conciliar* ambos métodos a través de dos principios: 1º) 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; 2º) No obstante, este punto de conexión rígido está constituido por *presunciones simples*: está sujeto a una *cláusula de escape* que permite utilizar el *método casuístico anglosajón* cuando las presunciones no pueden operar o cuando no responden al principio de la *vinculación más estrecha*.

### **3. Presunción general (art. 4.2 CR): identificación de la prestación característica.**

**38.** La *presunción general*, -válida, en principio, para todo tipo de contrato-, se contiene 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.

**39.** La *teoría de la prestación característica* y el concepto de ésta ha sido tomado por el Convenio de Roma del *Derecho internacional privado suizo* (F. VISCHER, A.F. SCHNITZER, I. DE WINTER)<sup>44</sup>.

**40.** 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: deben distinguirse diferentes "tipos de contratos", de modo que el contrato debe

---

<sup>44</sup> I. DE WINTER, "Considerazioni...", 1971, pp. 227 ss.; A.F. SCHNITZER, *Handbuch...*, 1944, p. 515 ss.; ID., "Les contrats...", 1968, pp. 541-636; G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation...", 1989, pp. 195 ss.; M. MAGAGNI, *La prestazione...*, 1989; P.M. PATOCCHI, "Characteristic...", 1993, pp. 113-139; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, pp. 513-540; F. VISCHER, "The concept...", 1996, pp. 499-520; ID., "The Principle...", 1978, pp. 25-30; A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 290; A. GIARDINA, "Volontà...", 1983, pp. 2 ss. El estudio más completo al respecto en la doctrina española es el de L.F. CARRILLO POZO, *El contrato...*, 1994.

regularse por la Ley del país de la residencia habitual o sede del *contratante profesional* o *prestador característico*<sup>45</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>46</sup>. En efecto, en sus inicios, esta teoría defendía la aplicación de la Ley del *país de ejecución* de la prestación característica. Posteriormente, la doctrina y jurisprudencia suizas prefirieron la aplicación de la Ley del país de la *sede* del prestador característico, como explica E. VITTA<sup>47</sup>.

**41.** Pero fue A.F. SCHNITZER el autor que diseñó plenamente la 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>48</sup>. Con ello se evitaba el sistema alemán de la *escisión legal* del contrato según los lugares de ejecución del mismo, como indican P. KAYE y K. LIPSTEIN<sup>49</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 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: una teoría gestada fuera de la Comunidad Europea, -y que no se seguía en ningún país comunitario-, inspiró las soluciones de un Convenio comunitario (C.G.J. MORSE, P.M. NORTH)<sup>50</sup>.

**42.** ¿Cuál es la prestación característica del contrato? La noción de *prestación característica* no viene definida en el Convenio de Roma.

La definición de *prestación característica* sí se recoge en el Informe GIULIANO / LAGARDE adjunto al Convenio: la prestación característica es "aquella por la que se debe el pago"<sup>51</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

---

<sup>45</sup> F. VISCHER, "The concept...", 1996, p. 500; *Annuarie IDI*, 1908, vol.22, p. 289; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, pp. 516-517.

<sup>46</sup> *Annuarie de Institut de Droit International*, vol. 32, 1925, p. 103 ss.; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, pp. 516-517.

<sup>47</sup> E. VITTA, "Influenze...", 1983, p. 263; M. GIULIANO, "Expertise...", 1970.

<sup>48</sup> A.F. SCHNITZER, *Handbuch...*, 1944, p. 515 ss.; ID., "Les contrats...", 1968, pp. 541-636.

<sup>49</sup> P. KAYE, *The new...*, 1993, p. 188; K. LIPSTEIN, "Characteristic...", 1981, pp. 402-423.

<sup>50</sup> C.G.J. MORSE, "The EEC...", 1983, p. 127; P.M. NORTH, "Reform...", 1990, p. 186.

<sup>51</sup> M. GIULIANO/P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19; A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 292.

contrato"<sup>52</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 (*Informe GIULIANO / LAGARDE, U. VILLANI*)<sup>53</sup>.

#### 4. Fundamento de la presunción de la prestación característica.

**43.** Pero la cuestión capital estriba en señalar el *fundamento* de la presunción general. ¿Por qué se prefiere aplicar la Ley del país de la sede del prestador característico y no otra Ley? Aplicar la Ley del país de la sede del prestador característico obedece a varios motivos.

**44.** 1º) *Primera justificación: la presunción general favorece 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 (O. LANDO, M. MAGAGNI, A. GIARDINA, A. BONOMI)<sup>54</sup>. Es la parte que más arriesga (F. VISCHER, U. VILLANI)<sup>55</sup>, pues para ofrecer la prestación característica en los mercados internacionales, debe realizar inversiones costosas, mantener una estructura empresarial de producción y distribución, etc. El DIPr. le incentiva a contratar proclamando la aplicación de la Ley del país donde normalmente opera social y económicamente (A.F. SCHNITZER): se aplica la Ley del país en cuyo contexto socio-económico se inserta el contrato<sup>56</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 (P. MAYER)<sup>57</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 la "localización eficiente del contrato": el DIPr. potencia así la *eficiencia*, la solución que menos costes genera<sup>58</sup>.

Lógicamente, esta justificación sólo es válida cuando el prestador característico es un

---

<sup>52</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19; P. LAGARDE, "Examen...", 1971-1973, p. 155.

<sup>53</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, pp. 518-519.

<sup>54</sup> O. LANDO, "The EEC...", 1974, pp. 6-55; M. MAGAGNI, *La prestazione...*, 1989, pp. 164 ss.; TH.M. DE BOER, "The EEC...", 1990, pp. 24-62; P. LAGARDE, "Le nouveau...", 1991, pp. 307-309; A. BONOMI, "Il nuovo...", 1992, pp. 60-63; A. GIARDINA, "Volontà...", 1983, pp. 2 ss.

<sup>55</sup> U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 520; F. VISCHER, "The Principle...", 1978, pp. 25-30.

<sup>56</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 293: "*Voilà le noeud de l'explication*". La explicación original de A.F. SCHNITZER fue retomada por M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19.

<sup>57</sup> P. MAYER, *Droit...*, 1998, p. 477.

<sup>58</sup> M. VIRGÓS SORIANO, "La ley...", 1996, p. 5305.

*profesional de la contratación internacional* y el otro contratante es un mero "cliente" que opera sólo *ocasionalmente* en la contratación internacional (A. KASSIS)<sup>59</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.

**45.** 2º) *Segunda explicación: seguridad jurídica*. 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*" (U. VILLANI, M. GIULIANO / P. LAGARDE)<sup>60</sup>. De este modo, la presunción, 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>61</sup>. En el fondo, el sistema de la presunción basado en la prestación característica del contrato es un *punto de equilibrio* entre el método anglosajón y el método de los puntos de conexión rígidos que se seguía en países como Italia.

## **5. Críticas a la presunción de la prestación característica.**

**46.** La presunción general contenida en el art. 4.2 CR ha sido objeto de severas críticas por varios motivos.

**47.** 1º) *Crítica "política"*. La "tesis de la prestación característica" refuerza la posición del *contratante fuerte*. Ello produce dos efectos negativos:

a) 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 (M. FRIGO, H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, A. GIARDINA, F.K. JUENGER)<sup>62</sup>.

b) Igualmente, 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>63</sup>.

---

<sup>59</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 294.

<sup>60</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 521.

<sup>61</sup> P. LAGARDE, "Le nouveau...", 1991, p. 310.

<sup>62</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "*Characteristic...*", 1977, pp. 303-331; M. FRIGO, "*La determinazione...*", 1994; pp. 17-34; A. GIARDINA, "*La Convenzione...*", 1981, pp. 795-820; ID., "*Volontà...*", 1983, pp. 2 ss.; ID., "*La Convenzione...*", 1983; pp. 17-28; F.K. JUENGER, "*The European...*", 1981, pp. 123-141; ID., "*Parteiautonomie...*", 1982, pp. 57-82; P.H. NEUHAUS, *Grundbegriffe...*, 1976, pp. 188 ss.

<sup>63</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "*Characteristic...*", 1977, p. 328, aunque lo cierto es que la fabricación de dichos

**48. 2º) Crítica "interna".** Otros autores han indicado que la presunción basada en la prestación característica es, hoy día, poco útil, y ello por tres motivos:

a) 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>64</sup>.

b) El concepto de *prestación característica* resulta, en la actualidad, inadecuado 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>65</sup>.

c) 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>66</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 (U. VILLANI)<sup>67</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.

**49. 3º) Crítica "sustancial".** Pero la crítica fundamental a la presunción de la prestación característica 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

---

relojes es una especialidad alemana, y no suiza, como subraya F. VISCHER, "The concept...", 1996, p. 506 nota [27].

<sup>64</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic...", 1977, pp. 303-331; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, pp. 524-525.

<sup>65</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation...", 1989, pp. 195 ss.; A. KASSIS, *Le nouveau...*, 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>66</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19.

<sup>67</sup> U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 530.

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 *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*. Pero 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.

**50.** 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 es aplicable 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 (A. KASSIS)<sup>68</sup>.

**51.** 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.

## **6. Lagunas legales del art. 4.2 CR.**

### **A) Primera laguna legal: contratos sin prestación característica.**

**52.** La primera laguna del art. 4.2 CR es una *laguna explícita*. Atendiendo a lo expresado por el Informe oficial del Convenio de Roma<sup>69</sup>, el art. 4.2 CR sólo regula los contratos internacionales en los que se intercambian, por una parte, *cosas o servicios*, y por otra, *dinero* (*Pecuniary Principle*).

**53.** Por tanto, cuando el contrato comporta el intercambio de varias prestaciones y no responde al "esquema simple de intercambio" de *cosas o servicios por dinero*, el art. 4.2 CR no es aplicable. Quedan fuera dos tipos de contratos:

1º) Los contratos en virtud de los cuales las partes se intercambian, entre sí, cosas o actividades: *Joint-Venture*, cuenta corriente recíproca, *countertrade*, intercambio de divisas, etc. En este caso, la totalidad de la doctrina estima que la presunción de la prestación característica es inaplicable<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 295.

<sup>69</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19.

<sup>70</sup> U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 527; F. BONELLI, "La Convention...", 1985, pp. 389-404; L. RADICATI DI

2º) Los contratos en cuya virtud un contratante se obliga a pagar una cantidad pecuniaria, pero no sólo a ello, sino que se obliga, además de pagar, a realizar alguna actividad o entregar alguna cosa: contrato de concesión en exclusiva, contrato de edición, contrato de coproducción audiovisual, *franchising*, etc.

**54.** ¿Qué hacer en los supuestos de contratos en los que un contratante asume, junto a la obligación de pagar, otras obligaciones de hacer, no hacer o dar, y no hay un *intercambio simple de cosa o actividad por dinero*? Dos posturas se han mantenido.

**55.** 1º) La mayor parte de la doctrina intenta, no obstante, aplicar el art. 4.2 CR y la presunción de la prestación característica. Para ello, procura descubrir qué prestación es la *más característica* o la *más importante*. Se produce así el denominado *síndrome de la "lucha por la prestación característica"* (H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA)<sup>71</sup>. En efecto: se entra en enconadas discusiones doctrinales sobre qué prestación es la *característica* del contrato, o siendo más precisos, qué prestación es la *más característica* del contrato. Se invoca la "mayor onerosidad" de las prestaciones, la "mayor importancia" de las prestaciones, la "primacía" de las prestaciones (D. MARTINY)<sup>72</sup>, la "causa y finalidad del contrato", y otros elementos diversos.

Esta postura es incorrecta por dos motivos: a) Oscurece la selección de la Ley aplicable, haciendo que ésta se vuelva imprevisible. Es imposible determinar qué prestación es más importante, relevante y onerosa; hay múltiples razones para apostar tanto por las prestaciones que debe realizar un contratante como por las prestaciones que debe realizar el otro contratante. La presunción pierde su razón de ser: en vez de facilitar la selección de la Ley aplicable, la hace más difícil o incluso imposible; b) Estos autores defienden la aplicación no de la Ley del país de la sede del deudor de la *prestación característica*, sino la aplicación de la Ley del país de la sede del deudor de la *prestación más característica*. Pero el concepto de *prestación más característica* no se contiene en el Convenio de Roma y no responde a la voluntad de sus redactores.

**56.** 2º) Más adecuado parece estimar, como se ha dicho antes, que el art. 4.2 CR sólo fue diseñado para los contratos con un *intercambio simple de cosa o actividad por dinero*, según se deduce claramente del Informe GIULIANO / LAGARDE<sup>73</sup>. Sólo en esos casos, la presunción tiene sentido, porque opera con un cierto *automatismo* y *simplicidad*, ayudando a los contratantes a prever qué Ley rige el contrato<sup>74</sup>. En el resto de los supuestos, -cuando se suscitan dudas serias sobre qué prestación es la *característica* del contrato, lo que ocurre cuando no se presenta un esquema simple de intercambio de cosas o servicios por dinero-, la presunción del art. 4.2 CR no puede operar, pues presenta también una laguna explícita.

Por ejemplo, en un contrato de *franchising* en el cual una de las partes (*franchisor*) concede

---

BROZOLO, *Operazioni...*, 1984; M. FRIGESSI DI RATTALMA, "I contratti...", pp. 151-168.

<sup>71</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic...", 1977, pp. 303-331.

<sup>72</sup> D. MARTINY, "Mangels...", 1990, pp. 1537-1614.

<sup>73</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19; T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto...*, 1999, p. 609; D. FERRIER, "Le franchise...", 1988, pp. 625-662.

<sup>74</sup> M. VIRGÓS SORIANO, "La ley...", 1996, p. 5304.

a la otra el uso de la marca, le proporciona su *know-how*, asistencia técnica, etc., mientras que la otra parte (*franchisee*) se obliga no sólo a pagar un canon pecuniario, sino a comercializar los bienes o servicios producidos por el *franchisor*, no hay prestación característica y el art. 4.2 CR es inaplicable (D. FERRIER, T. BALLARINO / A. BONOMI, P. LAGARDE)<sup>75</sup>.

Otro caso es el del contrato de *engineering*: la empresa de *engineering* parecería la obligada a entregar la prestación característica. Pero la otra parte se obliga no sólo a pagar a dicha empresa de *engineering*, sino que debe obtener las oportunas autorizaciones, aportar el suelo, etc. No hay prestación característica y entrar en polémicas sobre cuál es la prestación más característica es tan inútil como inadecuado<sup>76</sup>. El art. 4.2 CR no puede operar.

## **B) Segunda laguna legal: prestador característico no profesional.**

**57.** La segunda laguna del art. 4.2 CR es una *laguna oculta* o *laguna axiológica* (*hidden Lacuna*). El precepto podría aplicarse, pues el caso aparece *formalmente* regulado por el art. 4.2 CR: hay prestación característica. Pero es un caso que el redactor del precepto no pretendió regular: por tanto el art. 4.2 CR no debe aplicarse.

**58.** El caso se produce cuando existe *prestador característico* es un "no profesional" de la contratación internacional, mientras que el otro contratante, -el obligado al pago de cantidad pecuniaria-, sí es un *profesional* de la contratación internacional.

**59.** En este supuesto, la aplicación de la Ley del país de la sede del prestador característico no está justificada: obliga al profesional a manejar una pluralidad de Leyes nacionales, perjudica su actividad comercial internacional, penaliza y encarece la contratación internacional, perjudicando la eficiencia jurídica y económica. Las razones que sustentan la presunción general del art. 4.2 CR desaparecen, de modo que no está justificada la aplicación de la Ley del país de la sede del prestador característico (A. KASSIS, F. VISCHER)<sup>77</sup>. En efecto: la aplicación de la Ley de la sede del prestador característico sólo está justificada cuando éste es el profesional y el otro contratante es su cliente, algo que en este caso no concurre. Ejemplo: un importador de obras de arte adquiere dichas obras a particulares que residen en varios países. La aplicación de las Leyes de los países de residencia de los vendedores, -prestadores característicos-, es una solución negativa: incrementa los costes del profesional, al obligarle a sujetarse a una pluralidad de Leyes nacionales. El contrato no se inserta en el ambiente socio económico de los vendedores, sino en el ambiente socio económico del comprador.

**60.** En otras palabras: en estos supuestos, la Ley a la que conduce el art. 4.2 CR no es la Ley del país más vinculado con el contrato, porque no es la Ley que las partes esperan ver aplicada. Los

---

<sup>75</sup> D. FERRIER, "Le franchise...", 1988, pp. 625-662; T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto...*, 1999, p. 612; P. LAGARDE, "Le nouveau...", 1991, p. 390; A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 302; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 529.

<sup>76</sup> U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 529.

<sup>77</sup> F. VISCHER, "The concept...", p. 509; T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto...*, 1999, p. 612; F. VISCHER, *Internationales...*, 1962, p. 109.

contratantes prevén la aplicación de la Ley del país de la sede del profesional. Por tanto, la presunción del art. 4.2 CR "traiciona" al *principio de proximidad*, que es el que la justifica. La presunción debe ser descartada.

**61.** El art. 4 CR ha previsto este caso: cuando la Ley designada por el apartado 2 del precepto no sea la Ley del país más vinculado con el contrato, el intérprete puede "escapar" de la presunción general. En efecto: ésta es una *presunción simple (juris tantum)*. No opera si se demuestra que el contrato presenta una *vinculación más estrecha* con otro país. En tal caso, el art. 4.5 CR ordena aplicar la Ley de ese otro país.

### **C) Tercera laguna legal: contratos entre profesionales de la contratación internacional.**

**62.** La tercera laguna legal se presenta cuando se trata de contratos entre profesionales de la contratación internacional. Es también una *laguna oculta* o *laguna axiológica (hidden Lacuna)*: formalmente, el art. 4.2 CR cubre estos casos, pero si se estudia a fondo el precepto y su fundamento, rápidamente se descubre que el art. 4.2 CR, -como ya se ha dicho-, sólo es aplicable para determinar la Ley aplicable a los contratos entre *profesional = prestador característico y cliente no profesional = prestador no característico*. Por tanto, el art. 4.2 CR no es aplicable para fijar la Ley aplicable a los contratos en los que las partes no son un profesional y un "cliente" del mismo, sino dos *profesionales* de la contratación internacional.

**63.** En los casos de contratos entre profesionales del comercio internacional, aplicar la Ley del país de la sede del prestador característico es una *solución arbitraria*: ¿por qué, por ejemplo, hay que favorecer al *vendedor = exportador*, proclamando la aplicación de la Ley de su país, y por tanto, perjudicar al *comprador = importador*? Ambos son *profesionales* que poseen una estructura empresarial costosa y ambos arriesgan lo mismo en la contratación internacional. El profesional exportador precisa una fuerte estructura empresarial para producir y exportar las mercancías. Pero un profesional importador también necesita mantener una estructura empresarial sólida: debe adaptarse a la legislación sobre control de cambios, procurar un seguro a la operación, inspeccionar la mercancía remitida y sus defectos, contratar un transporte de los productos, distribuir el pago del precio en sucesivas entregas, -caso de la venta a plazos-, etc. Como escribe F. VISCHER, en los contratos entre profesionales, "*the economy of both countries involved is equally affected. Import and export are of equal importance for the economy of a state*"<sup>78</sup>. Por tanto, al fallar el fundamento del art. 4.2 CR, el precepto no puede aplicarse.

## **7. Integración de las lagunas legales del art. 4.2 CR.**

### **A) Aspectos generales: el criterio de los vínculos más estrechos.**

**64.** Cuando la presunción general de la prestación característica no puede operar, -sea por la causa que sea-, el contrato se rige por la Ley del país con el que presenta los *vínculos más*

---

<sup>78</sup> F. VISCHER, "The concept...", 1996, p. 509.

*estrechos*: art. 4.1 CR. Incluso cuando pueda determinarse la prestación característica, la Ley de la sede del deudor de la misma puede no aplicarse si se demuestra que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país (U. VILLANI)<sup>79</sup>.

**65.** ¿Qué significa el *principio de proximidad* o de *vinculación más estrecha*? ¿Cómo determinar el país más estrechamente vinculado al contrato? La formulación del *principio de proximidad* en materia de contratos internacionales ha sido criticada. Se ha dicho (A. KASSIS, W. WENGLER, F.A. MANN) que desde la Edad Media, los juristas se afanan en lo imposible: encontrar la *pedra filosofal* que determine el "mejor contacto" del contrato con un país, ya sea el lugar de conclusión del contrato, el lugar de ejecución, el lugar de la sede de las partes, etc.<sup>80</sup> Y es imposible, se ha dicho, "medir" la cercanía de un contrato en relación con los diversos países con los que se halla conectado<sup>81</sup>. Lo que lleva, inevitablemente, a afirmar que la constatación de la vinculación más estrecha de un contrato con un país es un proceso arbitrario: la *arbitrariedad judicial* servida en bandeja de plata. La *cláusula de escape* contenida en el art. 4.5 CR atentaría contra la seguridad jurídica: "*la clause échappatoire constitue une violation de ce droit fondamental qu'est le droit à la certitude du droit*" (W. WENGLER)<sup>82</sup>.

**66.** La precisión de los *vínculos más estrechos* (*principio de proximidad*) no puede ser, evidentemente, un ejercicio de *arbitrariedad judicial*. Y ello por varias razones: a) Ello atentaría contra las reglas del Estado de Derecho; b) Atentaría también contra las funciones del Derecho de contratos, que exige reglas que señalen con claridad la Ley aplicable al contrato; c) Debe evitarse que cada juez interprete *ad libitum* el principio de proximidad: ello destruiría la unidad de soluciones del Convenio de Roma (K.H. NADELMANN)<sup>83</sup>, y con frecuencia favorecería la aplicación de la *Lex Fori*, porque la tendencia del juez a aplicar el Derecho material de su propio país es una tentación poderosa (E. VITTA)<sup>84</sup>.

**67.** Las raíces del principio de los *vínculos más estrechos* se hallan ya en F.K. VON SAVIGNY, que busca localizar las relaciones jurídicas teniendo en cuenta su sede natural (*Sitz*) y en GIERKE, que persigue encontrar el centro de gravedad (*Schwerpunkt*) de la relación<sup>85</sup>. De ahí, la tesis pasa a los países anglosajones, donde fue impulsada por DICEY y J. WESTLAKE, entre otros, dando lugar la *Proper Law of The Contract Doctrine*. Esta teoría conoce, posteriormente, una versión europea y una versión norteamericana.

---

<sup>79</sup> U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 531.

<sup>80</sup> W. WENGLER, "L'evolution...", 1990, pp. 663 ss.; F.A. MANN, "The Proper...", 1950, pp. 60-73.

<sup>81</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 286.

<sup>82</sup> W. WENGLER, "L'evolution...", 1990, pp. 667-668.

<sup>83</sup> K.H. NADELMANN, "Impressionism...", 1976, pp. 12-21.

<sup>84</sup> E. VITTA, "La convenzione...", 1981, p. 850.

<sup>85</sup> E. VITTA, "Influenze...", 1983, pp. 264-265; GIERKE, *Deutsches...*, 1895, vol.I, p. 217; J. DOLINGER, "Evolution...", 2000, pp. 187-512.

**68.** La *versión europea* de la tesis del *principio de proximidad* pone de relieve un dato que ya expuso en el siglo XVI el maestro CH. DUMOULIN<sup>86</sup>: el principio de proximidad 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>87</sup>. La *versión europea* de la tesis del principio de proximidad no tiene en cuenta el *contenido* de los Derechos estatales potencialmente aplicables.

**69.** 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* (W. REESE). La *versión norteamericana* del *principio de proximidad* presenta caracteres propios, 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.

**70.** El Convenio de Roma no especifica qué *versión* del *principio de proximidad* acoge: la *europea* o la *norteamericana*. No obstante, la mayor parte de la doctrina entiende que recoge la *versión europea*. De este modo, el contrato se rige por la Ley estatal cuya aplicación al mismo es *más previsible* por las partes, en función de los diferentes contactos que el contrato presenta con los diferentes países.

**71.** ¿Cómo se concreta el país con el que el contrato presenta una *vinculación más estrecha*? Varios datos previos deben tenerse presentes:

1º) 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.

2º) Como expresan E. VITTA y M. VIRGÓS, deben tenerse en cuenta *todos* los *elementos* y *contactos* del contrato en cuestión<sup>88</sup>. El Convenio de Roma no establece una "tabla cerrada" de contactos a valorar: todos cuentan. Tales contactos pueden ser: a) *Contactos subjetivos*: nacionalidad de las partes, domicilio y sede, residencia habitual; b) *Contactos territoriales*: lugar de negociación y celebración del contrato, país de situación del objeto del contrato, lugar de ejecución de las obligaciones, etc.; c) *Contactos jurídicos*: utilización de contratos propios de un país,

---

<sup>86</sup> CH. DUMOULIN reformula, en su obra *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus* (Comentario al *Codex* de Justiniano, libro primero, título primero, edición de 1681, tomo III, p. 554), la Ley *Si Fundus*, para evitar su aplicación a casos en los que el lugar de celebración es fortuito: "*non de loco contractus fortuiti sede domicilii prout crebrius usuvenit immobilia non vendi penegre, sed in loco domicilii*". A. LAINE, *Introduction...*, vol.I, 1888, pp. 228-231; J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho...*, 1992, p. 328; M. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, París, GLNJ Ed., 1990, núms. 537-547.

<sup>87</sup> P.E. NYGH, "The reasonable...", 1995, pp. 331-332; P. HAY, "Flexibility...", 1991, p. 363.

<sup>88</sup> E. VITTA, "Influenze...", 1983, p. 272; M. VIRGÓS SORIANO, "La ley...", 1996, pp. 5295-5296.

atribución de la competencia para conocer del litigio derivado del contrato a los tribunales de un Estado concreto, vinculación del contrato con otros contratos, etc.; d) *Contactos económicos*: contrato ejercitado en el ejercicio de la actividad profesional de un contratante, oferta dirigida a un concreto país, etc.

3º) Ahora bien: pensar que todos los elementos anteriores cuentan, pesan y valen lo mismo, induciría a confusión: no sería posible deducir con claridad el país más vinculado con el contrato. Piénsese en un contrato entre empresa rusa exportadora de crudo y empresa española importadora de crudo, contrato celebrado en París, negociado en Londres, a pagar en Suiza y cuya mercancía, que en el momento de celebración del contrato se halla a bordo de buque de bandera panameña fondeado en Singapur, debe ser entregada en el puerto de Rotterdam. ¿Cuál es el país más estrechamente vinculado con el contrato? 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>89</sup>.

No todos los contactos y elementos del contrato tienen la misma relevancia a la hora de practicar el *Balancing Test*. Se distinguirá, así, entre elementos con un "potencial localizador fuerte" y elementos con "potencial localizador débil".

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.

**72.** Entre los elementos con un "potencial localizador fuerte", los más importantes son tres, en este orden:

1º) 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>90</sup>. Es lógico y previsible que tal Derecho rija el contrato.

2º) 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.

3º) 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.

---

<sup>89</sup> P.E. NYGH, "The resonable...", 1995, p. 332.

<sup>90</sup> M. MAGAGNI, *La prestazione...*, 1989, pp. 454 ss.

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.

**73.** 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, conexión entre varios contratos, lugar de celebración, lugar de negociación, idioma del contrato, tribunal elegido por las partes, moneda de pago, nacionalidad de las partes, etc.

**74.** 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 (M. VIRGÓS)<sup>91</sup>. Es una operación particularmente complicada para los jueces continentales, no habituados a esta metodología, derivada del DIPr. anglosajón. 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. Diferenciando entre elementos con "potencial localizador fuerte" y potencial localizador débil", la tarea no resulta tan difícil.

## **B) Contratos sin prestación característica.**

**75.** Estos casos son todos los que no responden al esquema simple de intercambio de cosas o actividad por dinero. El intérprete debe hallar la Ley del contrato partiendo de una valoración global de todos los elementos y contactos del contrato, tal y como se ha visto, utilizando la *metodología tópica* en la que todos los elementos y contactos cuentan, si bien unos más que otros.

**76.** En el caso de contratos celebrados en mercados regulados, -bolsas, subastas-, es claro que el índice con potencial localizador más fuerte es el *lugar de ejecución*. Prevalece sobre los demás, porque, siempre salvo prueba en contrario, es la Ley que las partes esperan ver aplicada.

Así, por ejemplo, en un contrato de intercambio de divisas celebrado vía telefónica entre banco ruso y banco inglés en el mercado de divisas de Zurich, la Ley suiza es la que ambos esperan ver aplicada al contrato. Suiza es el país más vinculado al contrato y su Ley debe regirlo.

**77.** Cuando el contrato sin prestación característica no tiene lugar en mercados regulados, el criterio anterior no puede operar.

Así, en el supuesto de un contrato internacional de edición, en el que participan un profesional, -editor-, y un no profesional, -autor de la obra-, normalmente no hay prestación característica. En efecto: el editor no sólo se obliga al pago, sino a dar forma a la obra del autor, a promocionar su venta, -normalmente en exclusiva-, a explotarla, etc. El contrato no responde al esquema de intercambio simple de actividad o cosa por dinero.

---

<sup>91</sup> M. VIRGÓS SORIANO, "La ley...", 1996, p. 5297.

Incluso hay veces en las que el autor se obliga a ceder su obra pero también a pagar para ver publicada su obra, mientras que el editor no queda obligado a pago alguno pero sí a publicar y comercializar la obra. Tampoco, en esta segunda variante, hay prestación característica.

Pues bien: el editor es un *profesional* que realiza contratos con una gran cantidad de autores. Para fomentar su actividad, es preciso que se le garantice la aplicación de la Ley del país en el que opera. El autor, -que es un mero cliente que opera sólo ocasionalmente en la contratación internacional-, es consciente de ello y el editor también. La Ley de la sede del editor es la que ambos contratantes esperan ver aplicada. No importa de quién haya partido la oferta de contrato ni quién sea el obligado al pago. El país de la sede del editor es, salvo prueba en contrario, el país más vinculado con el contrato (= país de la sede del *contratante profesional*).

**78.** En los contratos entre empresas profesionales de la contratación internacional sin prestación característica, -como un contrato de *countertrade* o de *joint-venture*-, la determinación del país más vinculado con el contrato es particularmente difícil. Puede utilizarse el criterio de la *International Stream-Of-Commerce*, sobre el que se hablará más abajo: el contrato se regirá por la Ley del país en cuyo *contexto económico* se inserta. Pero también en ocasiones, el criterio del *lugar de ejecución* de las obligaciones puede tener un fuerte potencial localizador, como ocurre en los contratos de *Joint-Venture* a ejecutar en un determinado Estado con creación de una sociedad en dicho Estado. La solución dependerá de las circunstancias del caso concreto.

**79.** En el caso de que sea imposible hallar *un país* con el que el contrato esté particularmente vinculado, el juez procederá a fraccionar legalmente el contrato: cada contratante cumplirá según la Ley de su residencia habitual o sede, y los desajustes se resolverán en equidad: art. 4.1.II CR.

### **C) Contratos en los que el prestador característico es un no profesional.**

**80.** En estos casos, -objeto de una *laguna oculta* del art. 4.2 CR-, entra en juego un elemento con un *alto potencial localizador*: la sede del contratante profesional. El país más vinculado con el contrato es el *país de la sede del profesional*. Por tanto, la Ley de ese país es aplicable: normalmente, es la *Ley del país de la empresa*, pues el otro contratante suele ser un particular, un sujeto que sólo esporádicamente firma contratos internacionales.

**81.** Ambos contratantes esperan ver aplicada la *Ley del país de la sede del profesional*. Un conocido ejemplo aclarará las cosas. Un importador de obras de arte debe comprar dichas obras a particulares que residen en varios países. Sería injusto que cada contrato se rigiese por la Ley del país de residencia del vendedor de la obra de arte. En tales condiciones, el adquirente = importador de obras de arte no contrataría: sus costes serían excesivos. Por tanto, la regla debe ser la inversa: aplicación de la Ley del país de la sede del adquirente = importador de obras de arte. El contrato internacional es, para el vendedor, algo ocasional y esporádico, mientras que para el adquirente = importador de obras de arte, es su *actividad natural*<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto...*, 1999, p. 612; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 524; P.H. NEUHAUS, *Die Grundbergriffe...*, 1968, pp. 387-494.

**82.** La solución proporcionada es *eficiente*: reduce costes para todos e incentiva la contratación internacional. Aplicar la *Ley del país de la sede del profesional* fomenta su contratación internacional, ayuda a que todos los contratos internacionales que celebra queden sujetos a la misma Ley, *standardiza* su actividad comercial internacional. Hay que tener en cuenta que, en estos casos, el contrato internacional es, para el profesional, un *acto frecuente*, mientras que para el prestador característico, es un *acto ocasional*.

#### **D) Contratos entre profesionales de la contratación internacional.**

**83.** Son muy numerosos los contratos entre *profesionales del comercio internacional* en los que, por unas u otras razones, no existe elección de Ley.

**84.** La aplicación, en estos supuestos, de la presunción general (*Ley de la sede del prestador característico*), resulta *arbitraria*: conduce a una Ley cuya aplicación no está justificada (A. KASSIS)<sup>93</sup>. No es la *Ley del profesional*, porque ambos contratantes son *profesionales* de la contratación internacional. No es, por tanto, la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato. Debe evitarse una *mechanical application* de la presunción de la prestación característica y del *Non-Pecuniary Principle* (F. VISCHER)<sup>94</sup>. En otras palabras: el art. 4.2 CR no es aplicable al caso al presentar una *laguna oculta*. Como se ha dicho antes, el art. 4.2 CR sólo contempla contratos entre profesional = prestador característico y cliente pagador.

**85.** Para identificar, en estos contratos, el país más vinculado con el contrato, cuya Ley es la que los contratantes esperan ver aplicada, hay que volver los ojos a los clásicos, que ya se plantearon el problema. En efecto, en los tiempos en los que la Ley aplicable al contrato era la Ley del país de celebración del mismo (*Lex Loci Celebrationis*), el abogado parisino CH. DUMOULIN afirmó que dicha regla no podía tenerse en consideración si conducía a aplicar una "Ley imprevisible para los contratantes". Ya en el siglo XVI, CH. DUMOULIN se plantea el caso de los dos contratantes domiciliados en países distintos: ¿cuál es la Ley que los contratantes esperan ver aplicada? La Ley del país en el que el contrato despliega su *función socio-económica*: 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. 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 aplicación de la Ley del domicilio del vendedor.

**86.** En definitiva, lo que CH. DUMOULIN descubrió fue un poderoso criterio para fijar la Ley aplicable a los contratos entre profesionales, un criterio que permite hallar el país más vinculado con el contrato. Se trata de la tesis de la *International Stream-Of-Commerce*.

**87.** Dicha tesis se basa en lo siguiente: el sujeto que se "sumerge" en un mercado extranjero lo hace porque espera obtener ventajas económicas de ello, generalmente, grandes ventajas

---

<sup>93</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 191.

<sup>94</sup> F. VISCHER, "The concept...", 1996, p. 508; ID., "General...", 1992, pp. 132-135.

económicas. Con su conducta comercial *internacionaliza* el contrato: actúa *hacia un mercado* que espera conquistar (*mercado de conquista*). El sujeto crea una "corriente de comercio internacional" (*International Stream-of-Commerce*) hacia dicho país. Es conocedor de los riesgos que comporta competir y operar en mercados extranjeros. Pues bien, uno de esos riesgos es la aplicación de la Ley del país en cuyo mercado se quiere operar. El sujeto que dirige su actividad comercial a un país, bien para ofrecer mercancías o servicios (*exportador*), o bien para adquirir mercancías (*importador*), debe soportar la carga de la aplicación de la Ley de ese país. Es consciente de dicho riesgo cuando opera "hacia un mercado extranjero". Dicho país es el más vinculado con el contrato internacional: la Ley de dicho país es la que los contratantes esperan ver aplicada, con lo que se refuerza la *previsibilidad de la Ley del contrato*.

**88.** Existen, básicamente, dos modos de *internacionalizar* el contrato y de crear una *International Stream-Of-Commerce*:

a) Mediante *publicidad* previa que incita a contratar. En tal caso, la Ley del país en el que el profesional difunde tal publicidad (= *mercado de publicidad*) es aplicable, país que será el de la sede del otro contratante. Es el país más vinculado con el contrato (*contrato "dirigido" al mercado de ese país*).

b) Mediante *oferta de contrato* dirigida especialmente a empresas de un país determinado. En tal caso, el país hacia el que se dirige la oferta de contrato es el país más estrechamente vinculado con el contrato. Su Ley debe regir el contrato (*contrato "dirigido" al mercado de ese país*).

**89.** La tesis de la *International Stream-Of-Commerce* ha tenido hasta hoy, varias aplicaciones:

1º) En materia de Ley aplicable a los contratos de consumidores, el art. 5 CR ya acoge esta tesis: es aplicable la Ley del país de residencia del consumidor si la empresa ha realizado actos que suponen una *inmersión* de tal empresa en el país = mercado de residencia habitual del consumidor. Por ejemplo, cuando el contrato se ha firmado tras la difusión de la *publicidad* de la empresa en el país de residencia habitual del consumidor. En tal caso, tanto empresa como consumidor esperan ver aplicada la Ley del país de residencia habitual del consumidor: dicho país es el más estrechamente vinculado con el contrato, por lo que su Ley debe regir el contrato.

2º) En materia de competencia judicial internacional en relación con los contratos de consumidores, el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 ha acogido el criterio, particularmente válido para los contratos celebrados en Internet, en su art. 15: en los litigios en materia de contratos de consumidores, éstos pueden interponer su demanda ante los tribunales del país de su residencia habitual "cuando la otra parte contratante (...) por cualquier medio, dirigiera tales actividades [comerciales o profesionales]" al Estado del domicilio del consumidor o a varios Estados incluido este último, y el contrato estuviera comprendido en el marco de dichas actividades<sup>95</sup>. El comerciante ha internacionalizado el contrato dirigiendo sus actividades al mercado = país de residencia del consumidor: es justo que asuma el riesgo de ser demandado en ese país.

3º) En los Estados Unidos de América, el criterio *Stream-Of-Commerce* se ha empleado para justificar la competencia judicial internacional de los tribunales del *State* en el que el fabricante difunde sus productos, en pleitos relativos a la responsabilidad del fabricante por daños derivados

---

<sup>95</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Madrid, Colex, 2001, pp. 87-90.

de los productos<sup>96</sup>. El fabricante que es consciente de que sus productos se van a difundir en un cierto país, acepta el riesgo de ser demandado en dicho país, pues ha creado una *Stream-Of-Commerce* con dicho país.

4º) En el plano de la Ley aplicable, el Convenio de La Haya de 1955 sobre venta de objetos muebles corporales, tuvo el acierto de acoger el criterio en su art. 3: "*En defecto de ley declarada aplicable por las partes en las condiciones previstas en el artículo anterior, la venta se regirá por la ley interna del país en que el vendedor tenga su residencia habitual en el momento en que recibe el encargo. Si el encargo se recibe en un establecimiento del vendedor, la venta se regirá por la ley interna del país en que estuviere situado dicho establecimiento.*

*Sin embargo, la venta se regirá por la ley interna del país en que el comprador tuviere su residencia habitual o en la que tuviera el establecimiento que ha realizado el encargo si es en dicho país donde el encargo ha sido recibido por el vendedor, por su representante, agente o viajante de comercio*"<sup>97</sup>. Este es el antecedente más poderoso del criterio de la *International Stream-Of-Commerce* en el plano de la Ley aplicable a los contratos internacionales. El legislador entendió que el riesgo de internacionalidad creado por un contratante hace que el país al que se dirige la oferta de contrato sea el más vinculado con el mismo: su Ley es la que las partes esperan ver aplicada.

**90.** La cuestión se complica cuando se trata de precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales en los que ambos contratantes son *profesionales de la contratación internacional* y no se detecta una previa *International Stream-Of-Commerce*: no hay publicidad previa ni oferta previa dirigida por un contratante hacia un país.

Volver a la *presunción general* y aplicar la Ley del país de la sede del prestador característico es una solución inviable porque el art. 4.2 CR sólo está diseñado para contratos entre *profesional y cliente*, no para los contratos entre profesionales del comercio internacional.

Sólo queda acudir a *otros datos* de la operación contractual que se conecten, si es posible, con la estructura del contrato: país de residencia de las partes, tipo contractual, naturaleza de la prestación, lugar de ejecución si éste es relevante, etc. Es decir: deberán utilizarse elementos con potencial localizador débil, lo que complicará la determinación de la Ley aplicable, pues es difícil saber qué Ley esperan ver aplicada los contratantes. No obstante, ello no debe preocupar, porque será frecuente la existencia de una previa *International Stream-Of-Commerce*, lo que facilita la detección del contexto del contrato y de la Ley que los contratantes esperan ver aplicada.

\* \* \* \*

BIBLIOGRAFÍA: AA.VV., "Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti", *XXV tavola rotonda di Diritto comunitario*, Génova, 21/22 maggio 1982, Padova, 1983;

---

<sup>96</sup> E.F. SCOLES / P. HAY / P.J. BORCHERS / S.C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3ª ed., Hornbook series, West Group, St. Paul, Minn., 2000, pp. 354-360.

<sup>97</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, pp. 322-324; L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, "Informe...", 1951, pp. 360 ss.; ID., "La Septième...", 1952, pp. 5 ss.; F. DE CASTRO BRAVO, "La VII Sesión...", 1952, pp. 765 ss.; G.A.L. DROZ, "Entrée...", 1964, pp. 663 ss.; M. GIULIANO, "Quelques...", 1967, pp. 225 ss.; M. GUTZWILLER, "La loi...", 1951, pp. 149 ss.; D. JACOBSON, "The International...", 1954, pp. 659 ss.; PH. KAHN, *La vente...*, 1961; ID., "La Convention...", 1966, pp. 301 ss.; O. LANDO, "The 1955...", 1993, pp. 155 ss.; A. WEIL, "Les Conventions...", 1958/59, París, pp. 37 ss.

G. BADIALLI, "Le droit international privé des Communautés européennes", *RCADI*, 1985, vol.191, pp. 9-182; T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 3ª ed., 1999; R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel Diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè Ed., 1991; J. BASEDOW, "The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam", *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; ID., "European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam", en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 175-192; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, Sirey, 1938; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international Privé*, vol. II, Paris, 1983; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, vol.I, 8ª ed., París, LGDJ, 1993; TH.M. DE BOER, "The EEC Contracts convention and the Dutch Courts, A Methodological Perspective", *RebelsZ.*, 1990, pp. 24-62; M.J. BONELL, "Il diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali: recenti tendenze nella dottrina e nella giurisprudenza italiana (anche con riguardo alla nuova convenzione CEE in materia)", *Rivista di diritto commerciale*, 1980, pp. 215-232; F. BONELLI, "La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires", *IBLJ*, 1985, núm.3, pp. 389-404; A. BONOMI, "Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: la convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore", *Banca, Borsa, titoli de credito*, 1992 (I), pp.36 ss; A. BORGIOLI, "La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali", *Giurisprudenza Commerciale*, 1983, pp. 149-156; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam", *REDI*, vol.LI, 1999, pp. 383 ss.; L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, París, 1766, tomo II; A.L. CALVO CARAVACA, "La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)", *Derecho de los negocios*, abril 1994, núm.43, pp. 1-29; C. CAMPIGLIO, "Prime applicazioni della clausola d'eccezione europea in materia contrattuale", *RDIPP*, 1992, pp. 241-254; L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, Studia Albornotiana, 1994; F. DE CASTRO BRAVO, "La VII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. El proyecto de Convenio sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales", *REDI*, 1952, pp. 765 ss.; D. CAVERS, "The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations: Some Preventive Law Aspects", *Southern California Law Review*, 1975, vol.48, pp. 603-623; J.D. McCLEAN: *Morris: The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 4ª ed., London, 1994; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, Giuffrè, 1983; L. COLLINS, "Contractual Obligations. The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law", *ICLQ*, 1976, vol.25, pp. 35-57; A.L. DIAMOND, "Conflict of Laws in the EEC", *Current Legal Problems*, 1979, pp. 155-177; ID., "Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations", *RCADI*, 1986, vol.199, pp. 133-321; J. DOLINGER, "Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts", *RCADI*, 2000, vol.283, pp. 187-512; G.A.L. DROZ, "Entrée en vigueur de la Convention sur la loi applicable aux ventes á caractère international d'objets mobiliers corporels", *RCDIP*, 1964, pp. 663 ss.; M. FALLON, "Un 'Restatement' européen du droit des conflits de lois en matière de contrats: la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Assuntos Europeus*, 1984, núm.2, pp. 155-181; D. FERRIER, "Le franchise internationale", *JDI Clunet*, 1988, pp. 625-662; K. FIRSCHING, "Übereinkommen über das aufertagliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht", *IPrax*, 1981, pp. 37-43; J. FOYER, "L'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles", *JDI Clunet*, 1976, vol.103, pp. 555-652; ID., "Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *JDI Clunet*, 1991, pp.

601-631; M. FRIGESSI DI RATTALMA, "Le prime esperienze giurisprudenziali sulla convenzione di Roma del 19 giugno 1980", *RDIPP*, 1992, pp. 819-854; ID., "I contratti bancari internazionali alla luce della Convenzione di Roma", en G. SACERDOTI / M. FRIGO, *La convenzione...*, pp. 151-168; M. FRIGO, "La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella convenzione di Roma", en G. SACERDOTI / M. FRIGO, *La convenzione...*, pp. 17-34; F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, "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; 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; 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 ss.; ID., "La Convenzione ed il sistema italiano di diritto internazionale privato", en Consiglio nazionale..., pp. 17-28; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1895, vol.I, p. 217; 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...*, pp. 459-495; ID., "Quelques problèmes en matière de conflits de lois et de juridictions dans la vente commerciale internationale", *RDIPP*, 1967, pp. 225 ss.; M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992; publicación original "Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journal Officiel des Communautés européennes*, C 282, 31 octobre 1980; M. GUTZWILLER, "La loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels", *ASDI*, vol. VIII, 1951, pp. 149 ss.; ID., "Le développement historique du droit international privé", *RCADI*, 1929-IV, vol.29, pp. 287-400; B. HANOTIAU, "La Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journal des Tribunaux*, 1982, pp. 749-762; P. HAY, "Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law", *RCADI*, 1991, vol.226, pp. 281-412; A. HEINI, "Vertrauensprinzip und Individualanknüpfung im internationalen Vertragsrecht", *Festschrift für F.Vischer*, Zurich, 1983, pp. 149-159; M. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, París, GLNJ Ed., 1990; K. IATRIDOU, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions ou le principe de proximité*, 1994; D. JACOBSON, "The International Sale of Goods", *ICLQ*, 1954, pp. 659 ss.; A.J.E. JAFFEY, "The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention", *ICLQ*, 1984, pp. 531-560; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention", *AJCL*, 1977, vol.25, pp. 303-331; 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-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht. Eine Kritik aus amerikanischer Sicht", *RahelsZ*, 1982, pp. 57-82; L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, "Informe explicativo", *Actes de la Septième session*, vol. I, Conférence de La Haye de Droit international privé, 1951, pp. 360 ss.; ID., "La Septième session de la Conférence de La Haye de Droit international privé", *RCDIP*, 1952, pp. 5 ss.; PH. KAHN, *La vente commerciale internationale*, París, 1961; ID., "La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes á caractère international d'objets mobiliers corporels", *Journal du droit international*,

1966, pp. 301 ss.; 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; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993; G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse", *ASDI*, 1989, pp. 195 ss.; P. KAYE, *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993; CH. KOHLER, "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; 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; ID., "The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia", *Virginia Journal of International Law*, 1981, vol.22, pp. 91-104; ID., "Examen de l'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *TCFDIP*, 1971-1973, pp. 147-201; ID., "The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *CMLR*, 1987, pp. 159-178; ID., "Les limites objectives de la Convention de Rome (conflits de lois, primauté du droit communautaire, rapports avec les autres conventions)", *RDIPP*, 1993, pp. 33-42; A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, Paris, 1888; O. LANDO, "The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles", *RCADI*, 1984, vol.189, 1984, pp. 225-448; ID., "Contracts", *IECL*, vol.III, Chapter 24, 1976; ID., "New American Choice of Law principles and the European conflicts of Laws of Contracts", *AJCL*, 1982, vol.XXX, pp. 19-35; ID., "The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations. Introduction and Contractual Obligation", *RabelsZ*, 1974, pp. 6-55; ID., "Principles of European Contract Law, An Alternative or a Precursor of European Legislation", *RabelsZ.*, 1992, pp. 261-273; ID., "The 1955 and 1985 Hague Conventions on the law applicable to the International Sale of goods", *RabelsZ*, 1993, pp. 155 ss.; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, "El art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?", *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol.I, 2001, pp. 89-115; H. LEWALD, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Atenas, 1946; K. LIPSTEIN (ed.): *Harmonisation of Private international Law by the EEC*, Londres, University of London, 1978; ID., "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; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989; A.L. MALATESTA, "Considerazione sull'ambito di applicazione della Convenzione di Roma del 1980: il caso dei titoli di credito", *RDIPP*, 1992, pp. 887-905; F.A. MANN, "The Proper Law of the Contract", *ICLQ*, vol.3, 1950, pp. 60-73; D. MARTINY, "Das Römische Vertragsrechtsübereinkommen vom 19. Juni 1980", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, pp. 298-305; ID., "Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht. Art. 28", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, T. 7 (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Internationales Privatrecht)*, 2<sup>a</sup> ed., Munich, 1990, pp. 1537-1614; E.M. MEIJERS, "L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale", *RCADI*, 1934, vol.49, pp. 543-686; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales, el art.4 del convenio de Roma de 1980", *RJ La Ley (CE)*, núm.95, 4.IV.1995, pp. 1-6; D. MARTINY, "Das Römische Vertragsrechtsübereinkommen vom 19. Juni 1980", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, pp. 298-305; ID., "Arts.27-37", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol.7, EGBGB. Internationales Privatrecht, Munich, 1990; P. MAYER, *Droit international Privé*, Montchrestien, Paris, 1998; 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; K.H. NADELMANN, "The EEC Draft of a Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligation", *AJCL*, 1973, vol.21, pp. 584-592; ID., "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; ID., "Clouds over International Efforts to Unify Rules of Conflict of Laws", *Law and Contemporary Problems*, 1977, pp. 54-74; P.H. NEUHAUS, *Grundbegriffe des IPR*, 2ª ed., Tübingen, 1976, pp. 188 ss.; P.H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tubinga, 1968, pp. 387-494; K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat und Strafrecht bis Bartolus*, vol.II, 1916, pp. 84 y 135 ss.; P.E. NYGH, "The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort", *RCADI*, 1995, vol.251, pp. 269-400; P.M. NORTH, "Reform (but not revolution)", *RCADI*, 1990, vol.220, pp. 152-205; ID. (ed), *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. A Comparative Study*, Amsterdam, North-Holland, 1982; P.M. NORTH, "The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations", *Journal of Business Law*, 1980, pp. 382-388; P.M. PATOCCHI, "Characteristic performance, A new myth in the conflict of Law?", *Festschrift P.Lalive*, 1993, pp. 113-139; R. PLENDER, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, London, 1991; F. POCAR, "Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien", *RCDIP*, 1996, pp. 41-65; ID., "L'unification des regles 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; L. RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie e conflitti di legge*, Milano, 1984; CH. REITHMANN / D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht. Das international Privatrecht der Schuldverträge*, 4ª ed., Koln, 1988; L. RIGAUD, "Contribution des canonistes aux plus anciennes doctrines du droit international privé", *Actes du Congrès de droit canonique*, Paris, 1950, pp. 376 ss.; F. RIGAUX, "Examen de quelques questions laisses ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Cahiers de droit européen*, 1988, vol.XXIV, pp. 306-321; P. ROSS WILLIAMS, "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *ICLQ*, 1986, vol.35, pp. 1-31; G. SACERDOTI / M. FRIGO (Coordinadores), *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2ª ed., Giuffré, Milán, 1994; A.F. SCHNITZER, "Les contrats internationaux en droit international privé suisse", *RCADI*, 1968, vol.123, pp. 541-636; ID., *Handbuch des internationalen Privatrech*, Basilea, 1944, p. 515 ss.; C. VON DER SEIPEN, *Akzessorische Anknüpfung und engste Verbindung im Kollisionsrecht der komplexen Vertrasverhältnisse*, Heidelberg, 1989; F. STURM, "Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?", *JDI Clunet*, 106, 1979, pp. 259-273; 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; R. VANDER ELST, "L'unification des regles de conflits de lois dans la CEE", *Journal des Tribunaux*, 1973, pp. 243-254; U. VILLANI, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *RDIPP*, 1993, pp. 513-540; ID., "L'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato", *Rivista di diritto europeo*, 1981, pp. 373-393; M. VIRGOS SORIANO, "Obligaciones contractuales", en J.D. GONZALEZ CAMPOS (Dir.), *Derecho internacional privado. Parte especial*, 1995, pp. 144-108; 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 homenaje Prof.A.Menédez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5302-5303; ID., "Art.10.5 Cc.", en M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa,

Tomo I, vol.2, 2ª ed., 1995, pp. 609-694; ID., "El convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", en E. GARCIA DE ENTERRIA, J.D. GONZALEZ CAMPOS Y S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (estudio sistemático desde el Derecho español)*, vol. III, Madrid, Civitas, 1986, pp. 753-825; F. VISCHER, "The Antagonism between Legal Security and the Search of Justice in the Field of Contracts", *RCADI*, 1974, vol.142 pp. 1-70; 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; 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; ID., *Internationales Vertragsrecht*, Berna, 1962; 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, Giuffré, 1982, pp. 389-409; ID., "Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali", *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp. 261-278; A. WEIL, "Les Conventions de La Haye sur la vente á caractère international d'objets mobiliers corporels (communication suivie de discussion)", *TCFDIP*, 1958/59, París, pp. 37 ss.; W. WENGLER, "L'evolution moderne du droit international privé et la previsibilité du droit applicable", *RCDIP*, 1990, pp. 663 ss.; I.DE WINTER, "Considerazioni sulla legge della prestazione caratteristica", *Diritto Internazionale*, 1971 (I), pp. 227 ss.

\* \* \* \*

here we are\*

Piensen que el art. 4.5 es excepcional: J.C. SCHULTSZ, "The Concept of Characteristic Performance and the Effect of the EEC Convention on Carriage of Goods", en P.M. NORTH (Ed.), *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. A Comparative Study*, Amsterdam, North-Holland, 1982, pp. 185-201; A.J.E. JAFFEY, "The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention", *ICLQ*, 1984, pp. 531-560;  
Piensa que no lo es Carrillo y P. Kaye, \* p. 187.  
Jaffey.

## SWITZERLAND AND EUROPE: INTERNATIONAL CONTRACTS AND CHARACTERISTIC PERFORMANCE

### 1. Introducción.

1. El Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR), está en la actualidad vigente en todos los países comunitarios<sup>98</sup>. Se prevé que en el futuro, -y gracias al art. 65 TCE introducido por el Tratado de Amsterdam-, el Convenio de Roma se transforme en un Reglamento comunitario, dando cumplimiento a lo que la mejor doctrina denomina la "comunitarización del Derecho internacional privado"<sup>99</sup>.

2. 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.

A falta de elección de Ley por los contratantes, o cuando esta elección no sea válida, la Ley reguladora del contrato internacional se fija mediante el art. 4 CR.

3. El art. 4.2 CR contiene una *presunción general*, -válida, en principio, para todo tipo de contrato-, y según la cual, 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.

39. La *teoría de la prestación característica* y el concepto de ésta ha sido tomado por el Convenio de Roma del *Derecho internacional privado suizo* (F. VISCHER, A.F. SCHNITZER, I. DE WINTER)<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Vid. su "texto consolidado" en DOCE C 27 de 26 enero 1998. Para España, vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "España...", 1994, pp. 446-451.

<sup>99</sup> Vid. "Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil" (DOCE C12 de 15 enero 2001). Vid. J. BASEDOW, "The communitarisation...", 2000, p. 687 ss.; ID., "European...", 2001, pp. 175-192; CH. KOHLER, "Interrogations...", 1999, pp. 1-30; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, "El art. 65...", 2001, pp. 89-115; F. POCAR, "La comunitarizzazione...", 2000, pp. 873-884; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Derecho...", 1999, pp. 383 ss.

<sup>100</sup> I. DE WINTER, "Considerazioni...", 1971, pp. 227 ss.; A.F. SCHNITZER, *Handbuch...*, 1944, p. 515 ss.; ID., "Les contrats...", 1968, pp. 541-636; G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation...", 1989, pp. 195 ss.; M. MAGAGNI, *La prestazione...*, 1989; P.M. PATOCCHI, "Characteristic...", 1993, pp. 113-139; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, pp. 513-540; F. VISCHER, "The concept...", 1996, pp. 499-520; ID., "The Principle...", 1978, pp. 25-30; A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 290; A. GIARDINA, "Volontà...", 1983, pp. 2 ss. El estudio más completo al respecto en la doctrina

**40.** 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: deben distinguirse diferentes "tipos de contratos", de modo que el contrato debe regularse por la Ley del país de la residencia habitual o sede del *contratante profesional* o *prestador característico*<sup>101</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>102</sup>. En efecto, en sus inicios, esta teoría defendía la aplicación de la Ley del *país de ejecución* de la prestación característica. Posteriormente, la doctrina y jurisprudencia suizas prefirieron la aplicación de la Ley del país de la *sede* del prestador característico, como explica E. VITTA<sup>103</sup>.

**41.** Pero fue A.F. SCHNITZER el autor que diseñó plenamente la 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>104</sup>. Con ello se evitaba el sistema alemán de la *escisión legal* del contrato según los lugares de ejecución del mismo, como indican P. KAYE y K. LIPSTEIN<sup>105</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 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: una teoría gestada fuera de la Comunidad Europea, -y que no se seguía en ningún país comunitario-, inspiró las soluciones de un Convenio comunitario (C.G.J. MORSE, P.M. NORTH)<sup>106</sup>.

**42.** ¿Cuál es la prestación característica del contrato? La noción de *prestación característica* no viene definida en el Convenio de Roma.

La definición de *prestación característica* sí se recoge en el Informe GIULIANO / LAGARDE adjunto al Convenio: la prestación característica es "aquella por la que se debe el pago"<sup>107</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.

---

española es el de L.F. CARRILLO POZO, *El contrato...*, 1994.

<sup>101</sup> F. VISCHER, "The concept...", 1996, p. 500; *Annuarie IDI*, 1908, vol.22, p. 289; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, pp. 516-517.

<sup>102</sup> *Annuarie de Institut de Droit International*, vol. 32, 1925, p. 103 ss.; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, pp. 516-517.

<sup>103</sup> E. VITTA, "Influenze...", 1983, p. 263; M. GIULIANO, "Expertise...", 1970.

<sup>104</sup> A.F. SCHNITZER, *Handbuch...*, 1944, p. 515 ss.; ID., "Les contrats...", 1968, pp. 541-636.

<sup>105</sup> P. KAYE, *The new...*, 1993, p. 188; K. LIPSTEIN, "Characteristic...", 1981, pp. 402-423.

<sup>106</sup> C.G.J. MORSE, "The EEC...", 1983, p. 127; P.M. NORTH, "Reform...", 1990, p. 186.

<sup>107</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19; A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 292.

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>108</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 (Informe GIULIANO / LAGARDE, U. VILLANI)<sup>109</sup>.

#### 4. Fundamento de la presunción de la prestación característica.

43. Pero la cuestión capital estriba en señalar el *fundamento* de la presunción general. ¿Por qué se prefiere aplicar la Ley del país de la sede del prestador característico y no otra Ley? Aplicar la Ley del país de la sede del prestador característico obedece a varios motivos.

44. 1º *Primera justificación: la presunción general favorece 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 (O. LANDO, M. MAGAGNI, A. GIARDINA, A. BONOMI)<sup>110</sup>. Es la parte que más arriesga (F. VISCHER, U. VILLANI)<sup>111</sup>, pues para ofrecer la prestación característica en los mercados internacionales, debe realizar inversiones costosas, mantener una estructura empresarial de producción y distribución, etc. El DIPr. le incentiva a contratar proclamando la aplicación de la Ley del país donde normalmente opera social y económicamente (A.F. SCHNITZER): se aplica la Ley del país en cuyo contexto socio-económico se inserta el contrato<sup>112</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 (P. MAYER)<sup>113</sup>. Merece una valoración positiva desde el punto de vista de la economía libre de mercado en el contexto

---

<sup>108</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19; P. LAGARDE, "Examen...", 1971-1973, p. 155.

<sup>109</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, pp. 518-519.

<sup>110</sup> O. LANDO, "The EEC...", 1974, pp. 6-55; M. MAGAGNI, *La prestazione...*, 1989, pp. 164 ss.; TH.M. DE BOER, "The EEC...", 1990, pp. 24-62; P. LAGARDE, "Le nouveau...", 1991, pp. 307-309; A. BONOMI, "Il nuovo...", 1992, pp. 60-63; A. GIARDINA, "Volontà...", 1983, pp. 2 ss.

<sup>111</sup> U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 520; F. VISCHER, "The Principle...", 1978, pp. 25-30.

<sup>112</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 293: "*Voilà le noeud de l'explication*". La explicación original de A.F. SCHNITZER fue retomada por M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19.

<sup>113</sup> P. MAYER, *Droit...*, 1998, p. 477.

internacional. En efecto: favorece lo que M. VIRGÓS llama la "localización eficiente del contrato": el DIPr. potencia así la *eficiencia*, la solución que menos costes genera<sup>114</sup>.

Lógicamente, 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 (A. KASSIS)<sup>115</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.

**45.** 2º) *Segunda explicación: seguridad jurídica*. 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*" (U. VILLANI, M. GIULIANO / P. LAGARDE)<sup>116</sup>. De este modo, la presunción, 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>117</sup>. En el fondo, el sistema de la presunción basado en la prestación característica del contrato es un *punto de equilibrio* entre el método anglosajón y el método de los puntos de conexión rígidos que se seguía en países como Italia.

## 5. Críticas a la presunción de la prestación característica.

**46.** La presunción general contenida en el art. 4.2 CR ha sido objeto de severas críticas por varios motivos.

**47.** 1º) *Crítica "política"*. La "tesis de la prestación característica" refuerza la posición del *contratante fuerte*. Ello produce dos efectos negativos:

a) 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 (M. FRIGO, H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, A. GIARDINA, F.K. JUENGER)<sup>118</sup>.

b) Igualmente, 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.

---

<sup>114</sup> M. VIRGÓS SORIANO, "La ley...", 1996, p. 5305.

<sup>115</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 294.

<sup>116</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 521.

<sup>117</sup> P. LAGARDE, "Le nouveau...", 1991, p. 310.

<sup>118</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic...", 1977, pp. 303-331; M. FRIGO, "La determinazione...", 1994; pp. 17-34; A. GIARDINA, "La Convenzione...", 1981, pp. 795-820; ID., "Volontà...", 1983, pp. 2 ss.; ID., "La Convenzione...", 1983; pp. 17-28; F.K. JUENGER, "The European...", 1981, pp. 123-141; ID., "Parteiautonomie...", 1982, pp. 57-82; P.H. NEUHAUS, *Grundbegriffe...*, 1976, pp. 188 ss.

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>119</sup>.

**48. 2º) Crítica "interna".** Otros autores han indicado que la presunción basada en la prestación característica es, hoy día, poco útil, y ello por tres motivos:

a) 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>120</sup>.

b) El concepto de *prestación característica* resulta, en la actualidad, inadecuado 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>121</sup>.

c) 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>122</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 (U. VILLANI)<sup>123</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.

**49. 3º) Crítica "sustancial".** Pero la crítica fundamental a la presunción de la prestación

---

<sup>119</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic...", 1977, 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...", 1996, p. 506 nota [27].

<sup>120</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic...", 1977, pp. 303-331; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, pp. 524-525.

<sup>121</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation...", 1989, pp. 195 ss.; A. KASSIS, *Le nouveau...*, 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>122</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19.

<sup>123</sup> U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 530.

característica 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 *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*. Pero 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.

**50.** 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 es aplicable 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 (A. KASSIS)<sup>124</sup>.

**51.** 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.

## **6. Lagunas legales del art. 4.2 CR.**

### **A) Primera laguna legal: contratos sin prestación característica.**

**52.** La primera laguna del art. 4.2 CR es una *laguna explícita*. Atendiendo a lo expresado por el Informe oficial del Convenio de Roma<sup>125</sup>, el art. 4.2 CR sólo regula los contratos internacionales en los que se intercambian, por una parte, *cosas o servicios*, y por otra, *dinero* (*Pecuniary Principle*).

**53.** Por tanto, cuando el contrato comporta el intercambio de varias prestaciones y no responde al "esquema simple de intercambio" de *cosas o servicios por dinero*, el art. 4.2 CR no es aplicable. Quedan fuera dos tipos de contratos:

---

<sup>124</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 295.

<sup>125</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19.

1º) Los contratos en virtud de los cuales las partes se intercambian, entre sí, cosas o actividades: *Joint-Venture*, cuenta corriente recíproca, *countertrade*, intercambio de divisas, etc. En este caso, la totalidad de la doctrina estima que la presunción de la prestación característica es inaplicable<sup>126</sup>.

2º) Los contratos en cuya virtud un contratante se obliga a pagar una cantidad pecuniaria, pero no sólo a ello, sino que se obliga, además de pagar, a realizar alguna actividad o entregar alguna cosa: contrato de concesión en exclusiva, contrato de edición, contrato de coproducción audiovisual, *franchising*, etc.

**54.** ¿Qué hacer en los supuestos de contratos en los que un contratante asume, junto a la obligación de pagar, otras obligaciones de hacer, no hacer o dar, y no hay un *intercambio simple de cosa o actividad por dinero*? Dos posturas se han mantenido.

**55.** 1º) La mayor parte de la doctrina intenta, no obstante, aplicar el art. 4.2 CR y la presunción de la prestación característica. Para ello, procura descubrir qué prestación es la *más característica* o la *más importante*. Se produce así el denominado *síndrome de la "lucha por la prestación característica"* (H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA)<sup>127</sup>. En efecto: se entra en enconadas discusiones doctrinales sobre qué prestación es la *característica* del contrato, o siendo más precisos, qué prestación es la *más característica* del contrato. Se invoca la "mayor onerosidad" de las prestaciones, la "mayor importancia" de las prestaciones, la "primacía" de las prestaciones (D. MARTINY)<sup>128</sup>, la "causa y finalidad del contrato", y otros elementos diversos.

Esta postura es incorrecta por dos motivos: a) Oscurece la selección de la Ley aplicable, haciendo que ésta se vuelva imprevisible. Es imposible determinar qué prestación es más importante, relevante y onerosa; hay múltiples razones para apostar tanto por las prestaciones que debe realizar un contratante como por las prestaciones que debe realizar el otro contratante. La presunción pierde su razón de ser: en vez de facilitar la selección de la Ley aplicable, la hace más difícil o incluso imposible; b) Estos autores defienden la aplicación no de la Ley del país de la sede del deudor de la *prestación característica*, sino la aplicación de la Ley del país de la sede del deudor de la *prestación más característica*. Pero el concepto de *prestación más característica* no se contiene en el Convenio de Roma y no responde a la voluntad de sus redactores.

**56.** 2º) Más adecuado parece estimar, como se ha dicho antes, que el art. 4.2 CR sólo fue diseñado para los contratos con un *intercambio simple de cosa o actividad por dinero*, según se deduce claramente del Informe GIULIANO / LAGARDE<sup>129</sup>. Sólo en esos casos, la presunción tiene sentido, porque opera con un cierto *automatismo y simplicidad*, ayudando a los contratantes a prever qué Ley rige el contrato<sup>130</sup>. En el resto de los supuestos, -cuando se suscitan dudas serias

<sup>126</sup> U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 527; F. BONELLI, "La Convention...", 1985, pp. 389-404; L. RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni...*, 1984; M. FRIGESSI DI RATTALMA, "I contratti...", pp. 151-168.

<sup>127</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic...", 1977, pp. 303-331.

<sup>128</sup> D. MARTINY, "Mangels...", 1990, pp. 1537-1614.

<sup>129</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe...", 1992, p. 19; T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto...*, 1999, p. 609; D. FERRIER, "Le franchise...", 1988, pp. 625-662.

<sup>130</sup> M. VIRGÓS SORIANO, "La ley...", 1996, p. 5304.

sobre qué prestación es la *característica* del contrato, lo que ocurre cuando no se presenta un esquema simple de intercambio de cosas o servicios por dinero-, la presunción del art. 4.2 CR no puede operar, pues presenta también una laguna explícita.

Por ejemplo, en un contrato de *franchising* en el cual una de las partes (*franchisor*) concede a la otra el uso de la marca, le proporciona su *know-how*, asistencia técnica, etc., mientras que la otra parte (*franchisee*) se obliga no sólo a pagar un canon pecuniario, sino a comercializar los bienes o servicios producidos por el *franchisor*, no hay prestación característica y el art. 4.2 CR es inaplicable (D. FERRIER, T. BALLARINO / A. BONOMI, P. LAGARDE)<sup>131</sup>.

Otro caso es el del contrato de *engineering*: la empresa de *engineering* parecería la obligada a entregar la prestación característica. Pero la otra parte se obliga no sólo a pagar a dicha empresa de *engineering*, sino que debe obtener las oportunas autorizaciones, aportar el suelo, etc. No hay prestación característica y entrar en polémicas sobre cuál es la prestación más característica es tan inútil como inadecuado<sup>132</sup>. El art. 4.2 CR no puede operar.

## **B) Segunda laguna legal: prestador característico no profesional.**

**57.** La segunda laguna del art. 4.2 CR es una *laguna oculta* o *laguna axiológica* (*hidden Lacuna*). El precepto podría aplicarse, pues el caso aparece *formalmente* regulado por el art. 4.2 CR: hay prestación característica. Pero es un caso que el redactor del precepto no pretendió regular: por tanto el art. 4.2 CR no debe aplicarse.

**58.** El caso se produce cuando existe *prestador característico* es un "no profesional" de la contratación internacional, mientras que el otro contratante, -el obligado al pago de cantidad pecuniaria-, sí es un *profesional* de la contratación internacional.

**59.** En este supuesto, la aplicación de la Ley del país de la sede del prestador característico no está justificada: obliga al profesional a manejar una pluralidad de Leyes nacionales, perjudica su actividad comercial internacional, penaliza y encarece la contratación internacional, perjudicando la eficiencia jurídica y económica. Las razones que sustentan la presunción general del art. 4.2 CR desaparecen, de modo que no está justificada la aplicación de la Ley del país de la sede del prestador característico (A. KASSIS, F. VISCHER)<sup>133</sup>. En efecto: la aplicación de la Ley de la sede del prestador característico sólo está justificada cuando éste es el profesional y el otro contratante es su cliente, algo que en este caso no concurre. Ejemplo: un importador de obras de arte adquiere dichas obras a particulares que residen en varios países. La aplicación de las Leyes de los países de residencia de los vendedores, -prestadores característicos-, es una solución negativa: incrementa los costes del profesional, al obligarle a sujetarse a una pluralidad de Leyes nacionales. El contrato no se inserta en el ambiente socio económico de los vendedores, sino en el ambiente socio económico del comprador.

---

<sup>131</sup> D. FERRIER, "Le franchise...", 1988, pp. 625-662; T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto...*, 1999, p. 612; P. LAGARDE, "Le nouveau...", 1991, p. 390; A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 302; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 529.

<sup>132</sup> U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 529.

<sup>133</sup> F. VISCHER, "The concept...", p. 509; T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto...*, 1999, p. 612; F. VISCHER, *Internationales...*, 1962, p. 109.

**60.** En otras palabras: en estos supuestos, la Ley a la que conduce el art. 4.2 CR no es la Ley del país más vinculado con el contrato, porque no es la Ley que las partes esperan ver aplicada. Los contratantes prevén la aplicación de la Ley del país de la sede del profesional. Por tanto, la presunción del art. 4.2 CR "traiciona" al *principio de proximidad*, que es el que la justifica. La presunción debe ser descartada.

**61.** El art. 4 CR ha previsto este caso: cuando la Ley designada por el apartado 2 del precepto no sea la Ley del país más vinculado con el contrato, el intérprete puede "escapar" de la presunción general. En efecto: ésta es una *presunción simple (juris tantum)*. No opera si se demuestra que el contrato presenta una *vinculación más estrecha* con otro país. En tal caso, el art. 4.5 CR ordena aplicar la Ley de ese otro país.

### **C) Tercera laguna legal: contratos entre profesionales de la contratación internacional.**

**62.** La tercera laguna legal se presenta cuando se trata de contratos entre profesionales de la contratación internacional. Es también una *laguna oculta* o *laguna axiológica (hidden Lacuna)*: formalmente, el art. 4.2 CR cubre estos casos, pero si se estudia a fondo el precepto y su fundamento, rápidamente se descubre que el art. 4.2 CR, -como ya se ha dicho-, sólo es aplicable para determinar la Ley aplicable a los contratos entre *profesional = prestador característico* y *cliente no profesional = prestador no característico*. Por tanto, el art. 4.2 CR no es aplicable para fijar la Ley aplicable a los contratos en los que las partes no son un profesional y un "cliente" del mismo, sino dos *profesionales* de la contratación internacional.

**63.** En los casos de contratos entre profesionales del comercio internacional, aplicar la Ley del país de la sede del prestador característico es una *solución arbitraria*: ¿por qué, por ejemplo, hay que favorecer al *vendedor = exportador*, proclamando la aplicación de la Ley de su país, y por tanto, perjudicar al *comprador = importador*? Ambos son *profesionales* que poseen una estructura empresarial costosa y ambos arriesgan lo mismo en la contratación internacional. El profesional exportador precisa una fuerte estructura empresarial para producir y exportar las mercancías. Pero un profesional importador también necesita mantener una estructura empresarial sólida: debe adaptarse a la legislación sobre control de cambios, procurar un seguro a la operación, inspeccionar la mercancía remitida y sus defectos, contratar un transporte de los productos, distribuir el pago del precio en sucesivas entregas, -caso de la venta a plazos-, etc. Como escribe F. VISCHER, en los contratos entre profesionales, *"the economy of both countries involved is equally affected. Import and export are of equal importance for the economy of a state"*<sup>134</sup>. Por tanto, al fallar el fundamento del art. 4.2 CR, el precepto no puede aplicarse.

## **7. Integración de las lagunas legales del art. 4.2 CR.**

### **A) Aspectos generales: el criterio de los vínculos más estrechos.**

---

<sup>134</sup> F. VISCHER, "The concept...", 1996, p. 509.

**64.** Cuando la presunción general de la prestación característica no puede operar, -sea por la causa que sea-, el contrato se rige por la Ley del país con el que presenta los *vínculos más estrechos*: art. 4.1 CR. Incluso cuando pueda determinarse la prestación característica, la Ley de la sede del deudor de la misma puede no aplicarse si se demuestra que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país (U. VILLANI)<sup>135</sup>.

**65.** ¿Qué significa el *principio de proximidad* o de *vinculación más estrecha*? ¿Cómo determinar el país más estrechamente vinculado al contrato? La formulación del *principio de proximidad* en materia de contratos internacionales ha sido criticada. Se ha dicho (A. KASSIS, W. WENGLER, F.A. MANN) que desde la Edad Media, los juristas se afanan en lo imposible: encontrar la *piedra filosofal* que determine el "mejor contacto" del contrato con un país, ya sea el lugar de conclusión del contrato, el lugar de ejecución, el lugar de la sede de las partes, etc.<sup>136</sup> Y es imposible, se ha dicho, "medir" la cercanía de un contrato en relación con los diversos países con los que se halla conectado<sup>137</sup>. Lo que lleva, inevitablemente, a afirmar que la constatación de la vinculación más estrecha de un contrato con un país es un proceso arbitrario: la *arbitrariedad judicial* servida en bandeja de plata. La *cláusula de escape* contenida en el art. 4.5 CR atentaría contra la seguridad jurídica: "*la clause échappatoire constitue une violation de ce droit fondamental qu'est le droit à la certitude du droit*" (W. WENGLER)<sup>138</sup>.

**66.** La precisión de los *vínculos más estrechos* (*principio de proximidad*) no puede ser, evidentemente, un ejercicio de *arbitrariedad judicial*. Y ello por varias razones: a) Ello atentaría contra las reglas del Estado de Derecho; b) Atentaría también contra las funciones del Derecho de contratos, que exige reglas que señalen con claridad la Ley aplicable al contrato; c) Debe evitarse que cada juez interprete *ad libitum* el principio de proximidad: ello destruiría la unidad de soluciones del Convenio de Roma (K.H. NADELMANN)<sup>139</sup>, y con frecuencia favorecería la aplicación de la *Lex Fori*, porque la tendencia del juez a aplicar el Derecho material de su propio país es una tentación poderosa (E. VITTA)<sup>140</sup>.

**67.** Las raíces del principio de los *vínculos más estrechos* se hallan ya en F.K. VON SAVIGNY, que busca localizar las relaciones jurídicas teniendo en cuenta su sede natural (*Sitz*) y en GIERKE, que persigue encontrar el centro de gravedad (*Schwerpunkt*) de la relación<sup>141</sup>. De ahí, la

---

<sup>135</sup> U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 531.

<sup>136</sup> W. WENGLER, "L'evolution...", 1990, pp. 663 ss.; F.A. MANN, "The Proper...", 1950, pp. 60-73.

<sup>137</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 286.

<sup>138</sup> W. WENGLER, "L'evolution...", 1990, pp. 667-668.

<sup>139</sup> K.H. NADELMANN, "Impressionism...", 1976, pp. 12-21.

<sup>140</sup> E. VITTA, "La convenzione...", 1981, p. 850.

<sup>141</sup> E. VITTA, "Influenze...", 1983, pp. 264-265; GIERKE, *Deutches...*, 1895, vol.I, p. 217; J. DOLINGER, "Evolution...", 2000, pp. 187-512.

tesis pasa a los países anglosajones, donde fue impulsada por DICEY y J. WESTLAKE, entre otros, dando lugar la *Proper Law of The Contract Doctrine*. Esta teoría conoce, posteriormente, una versión europea y una versión norteamericana.

**68.** La *versión europea* de la tesis del *principio de proximidad* pone de relieve un dato que ya expuso en el siglo XVI el maestro CH. DUMOULIN<sup>142</sup>: el principio de proximidad 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>143</sup>. La *versión europea* de la tesis del principio de proximidad no tiene en cuenta el *contenido* de los Derechos estatales potencialmente aplicables.

**69.** 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* (W. REESE). La versión norteamericana del *principio de proximidad* presenta caracteres propios, 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.

**70.** El Convenio de Roma no especifica qué *versión* del *principio de proximidad* acoge: la *europea* o la *norteamericana*. No obstante, la mayor parte de la doctrina entiende que recoge la *versión europea*. De este modo, el contrato se rige por la Ley estatal cuya aplicación al mismo es *más previsible* por las partes, en función de los diferentes contactos que el contrato presenta con los diferentes países.

**71.** ¿Cómo se concreta el país con el que el contrato presenta una *vinculación más estrecha*? Varios datos previos deben tenerse presentes:

1º) 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.

2º) Como expresan E. VITTA y M. VIRGÓS, deben tenerse en cuenta *todos los elementos y contactos* del contrato en cuestión<sup>144</sup>. El Convenio de Roma no establece una "tabla cerrada" de contactos a valorar: todos cuentan. Tales contactos pueden ser: a) *Contactos subjetivos*:

---

<sup>142</sup> CH. DUMOULIN reformula, en su obra *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus* (Comentario al *Codex* de Justiniano, libro primero, título primero, edición de 1681, tomo III, p. 554), la Ley *Si Fundus*, para evitar su aplicación a casos en los que el lugar de celebración es fortuito: "*non de loco contractus fortuiti sede domicilii prout crebrius usuvenit immobilia non vendi penegre, sed in loco domicilii*". A. LAINE, *Introduction...*, vol.I, 1888, pp. 228-231; J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, *Derecho...*, 1992, p. 328; M. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, París, GLNJ Ed., 1990, núms. 537-547.

<sup>143</sup> P.E. NYGH, "The reasonable...", 1995, pp. 331-332; P. HAY, "Flexibility...", 1991, p. 363.

<sup>144</sup> E. VITTA, "Influenze...", 1983, p. 272; M. VIRGÓS SORIANO, "La ley...", 1996, pp. 5295-5296.

nacionalidad de las partes, domicilio y sede, residencia habitual; b) *Contactos territoriales*: lugar de negociación y celebración del contrato, país de situación del objeto del contrato, lugar de ejecución de las obligaciones, etc.; c) *Contactos jurídicos*: utilización de contratos propios de un país, atribución de la competencia para conocer del litigio derivado del contrato a los tribunales de un Estado concreto, vinculación del contrato con otros contratos, etc.; d) *Contactos económicos*: contrato ejercitado en el ejercicio de la actividad profesional de un contratante, oferta dirigida a un concreto país, etc.

3º) Ahora bien: pensar que todos los elementos anteriores cuentan, pesan y valen lo mismo, induciría a confusión: no sería posible deducir con claridad el país más vinculado con el contrato. Piénsese en un contrato entre empresa rusa exportadora de crudo y empresa española importadora de crudo, contrato celebrado en París, negociado en Londres, a pagar en Suiza y cuya mercancía, que en el momento de celebración del contrato se halla a bordo de buque de bandera panameña fondeado en Singapur, debe ser entregada en el puerto de Rotterdam. ¿Cuál es el país más estrechamente vinculado con el contrato? 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>145</sup>.

No todos los contactos y elementos del contrato tienen la misma relevancia a la hora de practicar el *Balancing Test*. Se distinguirá, así, entre elementos con un "potencial localizador fuerte" y elementos con "potencial localizador débil".

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.

**72.** Entre los elementos con un "potencial localizador fuerte", los más importantes son tres, en este orden:

1º) 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>146</sup>. Es lógico y previsible que tal Derecho rija el contrato.

2º) 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.

3º) El *contexto económico* en el que ha sido celebrado el contrato (*International Stream-Of-*

---

<sup>145</sup> P.E. NYGH, "The resonable...", 1995, p. 332.

<sup>146</sup> M. MAGAGNI, *La prestazione...*, 1989, pp. 454 ss.

*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.

**73.** 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, conexión entre varios contratos, lugar de celebración, lugar de negociación, idioma del contrato, tribunal elegido por las partes, moneda de pago, nacionalidad de las partes, etc.

**74.** 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 (M. VIRGÓS)<sup>147</sup>. Es una operación particularmente complicada para los jueces continentales, no habituados a esta metodología, derivada del DIPr. anglosajón. 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. Diferenciando entre elementos con "potencial localizador fuerte" y potencial localizador débil", la tarea no resulta tan difícil.

## **B) Contratos sin prestación característica.**

**75.** Estos casos son todos los que no responden al esquema simple de intercambio de cosas o actividad por dinero. El intérprete debe hallar la Ley del contrato partiendo de una valoración global de todos los elementos y contactos del contrato, tal y como se ha visto, utilizando la *metodología tópica* en la que todos los elementos y contactos cuentan, si bien unos más que otros.

**76.** En el caso de contratos celebrados en mercados regulados, -bolsas, subastas-, es claro que el índice con potencial localizador más fuerte es el *lugar de ejecución*. Prevalece sobre los demás, porque, siempre salvo prueba en contrario, es la Ley que las partes esperan ver aplicada.

Así, por ejemplo, en un contrato de intercambio de divisas celebrado vía telefónica entre banco ruso y banco inglés en el mercado de divisas de Zurich, la Ley suiza es la que ambos esperan ver aplicada al contrato. Suiza es el país más vinculado al contrato y su Ley debe regirlo.

**77.** Cuando el contrato sin prestación característica no tiene lugar en mercados regulados, el criterio anterior no puede operar.

Así, en el supuesto de un contrato internacional de edición, en el que participan un profesional, -editor-, y un no profesional, -autor de la obra-, normalmente no hay prestación

---

<sup>147</sup> M. VIRGÓS SORIANO, "La ley...", 1996, p. 5297.

característica. En efecto: el editor no sólo se obliga al pago, sino a dar forma a la obra del autor, a promocionar su venta, -normalmente en exclusiva-, a explotarla, etc. El contrato no responde al esquema de intercambio simple de actividad o cosa por dinero.

Incluso hay veces en las que el autor se obliga a ceder su obra pero también a pagar para ver publicada su obra, mientras que el editor no queda obligado a pago alguno pero sí a publicar y comercializar la obra. Tampoco, en esta segunda variante, hay prestación característica.

Pues bien: el editor es un *profesional* que realiza contratos con una gran cantidad de autores. Para fomentar su actividad, es preciso que se le garantice la aplicación de la Ley del país en el que opera. El autor, -que es un mero cliente que opera sólo ocasionalmente en la contratación internacional-, es consciente de ello y el editor también. La Ley de la sede del editor es la que ambos contratantes esperan ver aplicada. No importa de quién haya partido la oferta de contrato ni quién sea el obligado al pago. El país de la sede del editor es, salvo prueba en contrario, el país más vinculado con el contrato (= país de la sede del *contratante profesional*).

**78.** En los contratos entre empresas profesionales de la contratación internacional sin prestación característica, -como un contrato de *countertrade* o de *joint-venture*-, la determinación del país más vinculado con el contrato es particularmente difícil. Puede utilizarse el criterio de la *International Stream-Of-Commerce*, sobre el que se hablará más abajo: el contrato se regirá por la Ley del país en cuyo *contexto económico* se inserta. Pero también en ocasiones, el criterio del *lugar de ejecución* de las obligaciones puede tener un fuerte potencial localizador, como ocurre en los contratos de *Joint-Venture* a ejecutar en un determinado Estado con creación de una sociedad en dicho Estado. La solución dependerá de las circunstancias del caso concreto.

**79.** En el caso de que sea imposible hallar *un país* con el que el contrato esté particularmente vinculado, el juez procederá a fraccionar legalmente el contrato: cada contratante cumplirá según la Ley de su residencia habitual o sede, y los desajustes se resolverán en equidad: art. 4.1.II CR.

### **C) Contratos en los que el prestador característico es un no profesional.**

**80.** En estos casos, -objeto de una laguna oculta del art. 4.2 CR-, entra en juego un elemento con un alto potencial localizador: la sede del contratante profesional. El país más vinculado con el contrato es el *país de la sede del profesional*. Por tanto, la Ley de ese país es aplicable: normalmente, es la *Ley del país de la empresa*, pues el otro contratante suele ser un particular, un sujeto que sólo esporádicamente firma contratos internacionales.

**81.** Ambos contratantes esperan ver aplicada la *Ley del país de la sede del profesional*. Un conocido ejemplo aclarará las cosas. Un importador de obras de arte debe comprar dichas obras a particulares que residen en varios países. Sería injusto que cada contrato se rigiese por la Ley del país de residencia del vendedor de la obra de arte. En tales condiciones, el adquirente = importador de obras de arte no contrataría: sus costes serían excesivos. Por tanto, la regla debe ser la inversa: aplicación de la Ley del país de la sede del adquirente = importador de obras de arte. El contrato internacional es, para el vendedor, algo ocasional y esporádico, mientras que para el adquirente =

importador de obras de arte, es su *actividad natural*<sup>148</sup>.

**82.** La solución proporcionada es *eficiente*: reduce costes para todos e incentiva la contratación internacional. Aplicar la *Ley del país de la sede del profesional* fomenta su contratación internacional, ayuda a que todos los contratos internacionales que celebra queden sujetos a la misma Ley, *standariza* su actividad comercial internacional. Hay que tener en cuenta que, en estos casos, el contrato internacional es, para el profesional, un *acto frecuente*, mientras que para el prestador característico, es un *acto ocasional*.

#### **D) Contratos entre profesionales de la contratación internacional.**

**83.** Son muy numerosos los contratos entre *profesionales del comercio internacional* en los que, por unas u otras razones, no existe elección de Ley.

**84.** La aplicación, en estos supuestos, de la presunción general (*Ley de la sede del prestador característico*), resulta *arbitraria*: conduce a una Ley cuya aplicación no está justificada (A. KASSIS)<sup>149</sup>. No es la *Ley del profesional*, porque ambos contratantes son *profesionales* de la contratación internacional. No es, por tanto, la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato. Debe evitarse una *mechanical application* de la presunción de la prestación característica y del *Non-Pecuniary Principle* (F. VISCHER)<sup>150</sup>. En otras palabras: el art. 4.2 CR no es aplicable al caso al presentar una *laguna oculta*. Como se ha dicho antes, el art. 4.2 CR sólo contempla contratos entre profesional = prestador característico y cliente pagador.

**85.** Para identificar, en estos contratos, el país más vinculado con el contrato, cuya Ley es la que los contratantes esperan ver aplicada, hay que volver los ojos a los clásicos, que ya se plantearon el problema. En efecto, en los tiempos en los que la Ley aplicable al contrato era la Ley del país de celebración del mismo (*Lex Loci Celebrationis*), el abogado parisino CH. DUMOULIN afirmó que dicha regla no podía tenerse en consideración si conducía a aplicar una "Ley imprevisible para los contratantes". Ya en el siglo XVI, CH. DUMOULIN se plantea el caso de los dos contratantes domiciliados en países distintos: ¿cuál es la Ley que los contratantes esperan ver aplicada? La Ley del país en el que el contrato despliega su *función socio-económica*: 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. 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 aplicación de la Ley del domicilio del vendedor.

**86.** En definitiva, lo que CH. DUMOULIN descubrió fue un poderoso criterio para fijar la Ley

---

<sup>148</sup> T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto...*, 1999, p. 612; U. VILLANI, "Aspetti...", 1993, p. 524; P.H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe...*, 1968, pp. 387-494.

<sup>149</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, p. 191.

<sup>150</sup> F. VISCHER, "The concept...", 1996, p. 508; ID., "General...", 1992, pp. 132-135.

aplicable a los contratos entre profesionales, un criterio que permite hallar el país más vinculado con el contrato. Se trata de la tesis de la *International Stream-Of-Commerce*.

**87.** Dicha tesis se basa en lo siguiente: el sujeto que se "sumerge" en un mercado extranjero lo hace porque espera obtener ventajas económicas de ello, generalmente, grandes ventajas económicas. Con su conducta comercial *internacionaliza* el contrato: actúa *hacia un mercado* que espera conquistar (*mercado de conquista*). El sujeto crea una "corriente de comercio internacional" (*International Stream-of-Commerce*) hacia dicho país. Es conector de los riesgos que comporta competir y operar en mercados extranjeros. Pues bien, uno de esos riesgos es la aplicación de la Ley del país en cuyo mercado se quiere operar. El sujeto que dirige su actividad comercial a un país, bien para ofrecer mercancías o servicios (*exportador*), o bien para adquirir mercancías (*importador*), debe soportar la carga de la aplicación de la Ley de ese país. Es consciente de dicho riesgo cuando opera "hacia un mercado extranjero". Dicho país es el más vinculado con el contrato internacional: la Ley de dicho país es la que los contratantes esperan ver aplicada, con lo que se refuerza la *previsibilidad de la Ley del contrato*.

**88.** Existen, básicamente, dos modos de *internacionalizar* el contrato y de crear una *International Stream-Of-Commerce*:

a) Mediante *publicidad* previa que incita a contratar. En tal caso, la Ley del país en el que el profesional difunde tal publicidad (= *mercado de publicidad*) es aplicable, país que será el de la sede del otro contratante. Es el país más vinculado con el contrato (*contrato "dirigido" al mercado de ese país*).

b) Mediante *oferta de contrato* dirigida especialmente a empresas de un país determinado. En tal caso, el país hacia el que se dirige la oferta de contrato es el país más estrechamente vinculado con el contrato. Su Ley debe regir el contrato (*contrato "dirigido" al mercado de ese país*).

**89.** La tesis de la *International Stream-Of-Commerce* ha tenido hasta hoy, varias aplicaciones:

1º) En materia de Ley aplicable a los contratos de consumidores, el art. 5 CR ya acoge esta tesis: es aplicable la Ley del país de residencia del consumidor si la empresa ha realizado actos que suponen una *inmersión* de tal empresa en el país = mercado de residencia habitual del consumidor. Por ejemplo, cuando el contrato se ha firmado tras la difusión de la *publicidad* de la empresa en el país de residencia habitual del consumidor. En tal caso, tanto empresa como consumidor esperan ver aplicada la Ley del país de residencia habitual del consumidor: dicho país es el más estrechamente vinculado con el contrato, por lo que su Ley debe regir el contrato.

2º) En materia de competencia judicial internacional en relación con los contratos de consumidores, el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 ha acogido el criterio, particularmente válido para los contratos celebrados en Internet, en su art. 15: en los litigios en materia de contratos de consumidores, éstos pueden interponer su demanda ante los tribunales del país de su residencia habitual "cuando la otra parte contratante (...) por cualquier medio, dirigiera tales actividades [comerciales o profesionales]" al Estado del domicilio del consumidor o a varios Estados incluido este último, y el contrato estuviera comprendido en el marco de dichas actividades<sup>151</sup>. El

---

<sup>151</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Madrid, Colex, 2001, pp. 87-90.

comerciante ha internacionalizado el contrato dirigiendo sus actividades al mercado = país de residencia del consumidor: es justo que asuma el riesgo de ser demandado en ese país.

3º) En los Estados Unidos de América, el criterio *Stream-Of-Commerce* se ha empleado para justificar la competencia judicial internacional de los tribunales del *State* en el que el fabricante difunde sus productos, en pleitos relativos a la responsabilidad del fabricante por daños derivados de los productos<sup>152</sup>. El fabricante que es consciente de que sus productos se van a difundir en un cierto país, acepta el riesgo de ser demandado en dicho país, pues ha creado una *Stream-Of-Commerce* con dicho país.

4º) En el plano de la Ley aplicable, el Convenio de La Haya de 1955 sobre venta de objetos muebles corporales, tuvo el acierto de acoger el criterio en su art. 3: "*En defecto de ley declarada aplicable por las partes en las condiciones previstas en el artículo anterior, la venta se regirá por la ley interna del país en que el vendedor tenga su residencia habitual en el momento en que recibe el encargo. Si el encargo se recibe en un establecimiento del vendedor, la venta se regirá por la ley interna del país en que estuviere situado dicho establecimiento.*

*Sin embargo, la venta se regirá por la ley interna del país en que el comprador tuviere su residencia habitual o en la que tuviera el establecimiento que ha realizado el encargo si es en dicho país donde el encargo ha sido recibido por el vendedor, por su representante, agente o viajante de comercio*"<sup>153</sup>. Este es el antecedente más poderoso del criterio de la *International Stream-Of-Commerce* en el plano de la Ley aplicable a los contratos internacionales. El legislador entendió que el riesgo de internacionalidad creado por un contratante hace que el país al que se dirige la oferta de contrato sea el más vinculado con el mismo: su Ley es la que las partes esperan ver aplicada.

**90.** La cuestión se complica cuando se trata de precisar la Ley aplicable a los contratos internacionales en los que ambos contratantes son *profesionales de la contratación internacional* y no se detecta una previa *International Stream-Of-Commerce*: no hay publicidad previa ni oferta previa dirigida por un contratante hacia un país.

Volver a la *presunción general* y aplicar la Ley del país de la sede del prestador característico es una solución inviable porque el art. 4.2 CR sólo está diseñado para contratos entre *profesional y cliente*, no para los contratos entre profesionales del comercio internacional.

Sólo queda acudir a *otros datos* de la operación contractual que se conecten, si es posible, con la estructura del contrato: país de residencia de las partes, tipo contractual, naturaleza de la prestación, lugar de ejecución si éste es relevante, etc. Es decir: deberán utilizarse elementos con potencial localizador débil, lo que complicará la determinación de la Ley aplicable, pues es difícil saber qué Ley esperan ver aplicada los contratantes. No obstante, ello no debe preocupar, porque será frecuente la existencia de una previa *International Stream-Of-Commerce*, lo que facilita la detección del contexto del contrato y de la Ley que los contratantes esperan ver aplicada.

---

<sup>152</sup> E.F. SCOLES / P. HAY / P.J. BORCHERS / S.C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3ª ed., Hornbook series, West Group, St. Paul, Minn., 2000, pp. 354-360.

<sup>153</sup> A. KASSIS, *Le nouveau...*, 1993, pp. 322-324; L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, "Informe...", 1951, pp. 360 ss.; ID., "La Septième...", 1952, pp. 5 ss.; F. DE CASTRO BRAVO, "La VII Sesión...", 1952, pp. 765 ss.; G.A.L. DROZ, "Entrée...", 1964, pp. 663 ss.; M. GIULIANO, "Quelques...", 1967, pp. 225 ss.; M. GUTZWILLER, "La loi...", 1951, pp. 149 ss.; D. JACOBSON, "The International...", 1954, pp. 659 ss.; PH. KAHN, *La vente...*, 1961; ID., "La Convention...", 1966, pp. 301 ss.; O. LANDO, "The 1955...", 1993, pp. 155 ss.; A. WEIL, "Les Conventions...", 1958/59, París, pp. 37 ss.

\* \* \* \*

BIBLIOGRAFÍA: AA.VV., "Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti", *XXV tavola rotonda di Diritto comunitario*, Génova, 21/22 maggio 1982, Padova, 1983; G. BADIALI, "Le droit international privé des Communautés européennes", *RCADI*, 1985, vol.191, pp. 9-182; T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 3ª ed., 1999; R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel Diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè Ed., 1991; J. BASEDOW, "The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam", *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; ID., "European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam", en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers/Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 175-192; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, Sirey, 1938; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international Privé*, vol. II, Paris, 1983; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, vol.I, 8ª ed., París, LGDJ, 1993; TH.M. DE BOER, "The EEC Contracts convention and the Dutch Courts, A Methodological Perspective", *RebelsZ.*, 1990, pp. 24-62; M.J. BONELL, "Il diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali: recenti tendenze nella dottrina e nella giurisprudenza italiana (anche con riguardo alla nuova convenzione CEE in materia)", *Rivista di diritto commerciale*, 1980, pp. 215-232; F. BONELLI, "La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires", *IBLJ*, 1985, núm.3, pp. 389-404; A. BONOMI, "Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: la convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore", *Banca, Borsa, titoli de credito*, 1992 (I), pp.36 ss; A. BORGIOLI, "La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali", *Giurisprudenza Commerciale*, 1983, pp. 149-156; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam", *REDI*, vol.LI, 1999, pp. 383 ss.; L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, París, 1766, tomo II; A.L. CALVO CARAVACA, "La ley aplicable a los contratos internacionales (el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980)", *Derecho de los negocios*, abril 1994, núm.43, pp. 1-29; C. CAMPIGLIO, "Prime applicazioni della clausola d'eccezione europea in materia contrattuale", *RDIPP*, 1992, pp. 241-254; L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, Studia Albornotiana, 1994; F. DE CASTRO BRAVO, "La VII Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. El proyecto de Convenio sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales", *REDI*, 1952, pp. 765 ss.; D. CAVERS, "The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations: Some Preventive Law Aspects", *Southern California Law Review*, 1975, vol.48, pp. 603-623; J.D. MC.CLEAN: *Morris: The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 4ª ed., London, 1994; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, Giuffrè, 1983; L. COLLINS, "Contractual Obligations. The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law", *ICLQ*, 1976, vol.25, pp. 35-57; A.L. DIAMOND, "Conflict of Laws in the EEC", *Current Legal Problems*, 1979, pp. 155-177; ID., "Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations", *RCADI*, 1986, vol.199, pp. 133-321; J. DOLINGER, "Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts", *RCADI*, 2000, vol.283, pp. 187-512; G.A.L. DROZ, "Entrée en vigueur de la Convention sur la loi applicable aux ventes á caractère international d'objets mobiliers corporels", *RCDIP*, 1964, pp. 663 ss.; M. FALLON, "Un 'Restatement' européen du droit des conflits de lois en matière de contrats: la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Assuntos Europeus*, 1984, núm.2, pp. 155-181; D. FERRIER, "Le franchise

internationale", *JDI Clunet*, 1988, pp. 625-662; K. FIRSCHING, "Übereinkommen über das aufertägliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht", *IPrax*, 1981, pp. 37-43; J. FOYER, "L'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles", *JDI Clunet*, 1976, vol.103, pp. 555-652; ID., "Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *JDI Clunet*, 1991, pp. 601-631; M. FRIGESSI DI RATTALMA, "Le prime esperienze giurisprudenziali sulla convenzione di Roma del 19 giugno 1980", *RDIPP*, 1992, pp. 819-854; ID., "I contratti bancari internazionali alla luce della Convenzione di Roma", en G. SACERDOTI/M. FRIGO, *La convenzione...*, pp. 151-168; M. FRIGO, "La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella convenzione di Roma", en G. SACERDOTI/M. FRIGO, *La convenzione...*, pp. 17-34; F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, "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; 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; 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 ss.; ID., "La Convenzione ed il sistema italiano di diritto internazionale privato", en Consiglio nazionale..., pp. 17-28; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, 1895, vol.I, p. 217; 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...*, pp. 459-495; ID., "Quelques problèmes en matière de conflits de lois et de juridictions dans la vente commerciale internationale", *RDIPP*, 1967, pp. 225 ss.; M. GIULIANO/P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992; publicación original "Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journal Officiel des Communautés européennes*, C 282, 31 octobre 1980; M. GUTZWILLER, "La loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels", *ASDI*, vol. VIII, 1951, pp. 149 ss.; ID., "Le développement historique du droit international privé", *RCADI*, 1929-IV, vol.29, pp. 287-400; B. HANOTIAU, "La Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journal des Tribunaux*, 1982, pp. 749-762; P. HAY, "Flexibility Versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law", *RCADI*, 1991, vol.226, pp. 281-412; A. HEINI, "Vertrauensprinzip und Individualanknüpfung im internationalen Vertragsrecht", *Festschrift für F.Vischer*, Zurich, 1983, pp. 149-159; M. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, París, GLNJ Ed., 1990; K. IATRIDOU, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions ou le principe de proximité*, 1994; D. JACOBSON, "The International Sale of Goods", *ICLQ*, 1954, pp. 659 ss.; A.J.E. JAFFEY, "The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention", *ICLQ*, 1984, pp. 531-560; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention", *AJCL*, 1977, vol.25, pp. 303-331; 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-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht. Eine Kritik aus amerikanischer Sicht", *RahelsZ*, 1982, pp. 57-82; L.

JULLIOT DE LA MORANDIERE, "Informe explicativo", *Actes de la Septième session*, vol. I, Conférence de La Haye de Droit international privé, 1951, pp. 360 ss.; ID., "La Septième session de la Conférence de La Haye de Droit international privé", *RCDIP*, 1952, pp. 5 ss.; PH. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961; ID., "La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes á caractère international d'objets mobiliers corporels", *Journal du droit international*, 1966, pp. 301 ss.; 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; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993; G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse", *ASDI*, 1989, pp. 195 ss.; P. KAYE, *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993; CH. KOHLER, "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; 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; ID., "The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An Apologia", *Virginia Journal of International Law*, 1981, vol.22, pp. 91-104; ID., "Examen de l'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *TCFDIP*, 1971-1973, pp. 147-201; ID., "The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *CMLR*, 1987, pp. 159-178; ID., "Les limites objectives de la Convention de Rome (conflits de lois, primauté du droit communautaire, rapports avec les autres conventions)", *RDIPP*, 1993, pp. 33-42; A. LAINE, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des status*, vol.I, Paris, 1888; O. LANDO, "The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles", *RCADI*, 1984, vol.189, 1984, pp. 225-448; ID., "Contracts", *IECL*, vol.III, Chapter 24, 1976; ID., "New American Choice of Law principles and the European conflicts of Laws of Contracts", *AJCL*, 1982, vol.XXX, pp. 19-35; ID., "The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations. Introduction and Contractual Obligation", *RebelsZ*, 1974, pp. 6-55; ID., "Principles of European Contract Law, An Alternative or a Precursor of European Legislation", *RebelsZ*, 1992, pp. 261-273; ID., "The 1955 and 1985 Hague Conventions on the law applicable to the International Sale of goods", *RebelsZ*, 1993, pp. 155 ss.; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, "El art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?", *Anuario español de Derecho internacional privado*, vol.I, 2001, pp. 89-115; H. LEWALD, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Atenas, 1946; K. LIPSTEIN (ed.): *Harmonisation of Private international Law by the EEC*, Londres, University of London, 1978; ID., "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; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989; A.L. MALATESTA, "Considerazione sull'ambito di applicazione della Convenzione di Roma del 1980: il caso dei titoli di credito", *RDIPP*, 1992, pp. 887-905; F.A. MANN, "The Proper Law of the Contract", *ICLQ*, vol.3, 1950, pp. 60-73; D. MARTINY, "Das Römisches Vertragsrechtsübereinkommen vom 19. Juni 1980", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, pp. 298-305; ID., "Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht. Art. 28", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, T. 7 (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Internationales Privatrecht)*, 2<sup>a</sup> ed., Munich, 1990, pp. 1537-1614; E.M. MEIJERS, "L'histoire des principes fondamentaux du Droit international privé à partir du Moyen age spécialement dans l'Europe occidentale", *RCADI*, 1934, vol.49, pp. 543-686; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales, el art.4 del convenio de Roma de 1980", *RJ La Ley (CE)*, núm.95, 4.IV.1995, pp. 1-6; D. MARTINY, "Das

Römische Vertragsrechtsübereinkommen vom 19. Juni 1980", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, pp. 298-305; ID., "Arts.27-37", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol.7, EGBGB. Internationales Privatrecht, Munich, 1990; P. MAYER, *Droit international Privé*, Montchrestien, Paris, 1998; 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; K.H. NADELMANN, "The EEC Draft of a Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligation", *AJCL*, 1973, vol.21, pp. 584-592; ID., "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; ID., "Clouds over International Efforts to Unify Rules of Conflict of Laws", *Law and Contemporary Problems*, 1977, pp. 54-74; P.H. NEUHAUS, *Grundbegriffe des IPR*, 2<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1976, pp. 188 ss.; P.H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2<sup>a</sup> ed., Tubinga, 1968, pp. 387-494; K. NEUMEYER, *Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat und Strafrecht bis Bartolus*, vol.II, 1916, pp. 84 y 135 ss.; P.E. NYGH, "The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort", *RCADI*, 1995, vol.251, pp. 269-400; P.M. NORTH, "Reform (but not revolution)", *RCADI*, 1990, vol.220, pp. 152-205; ID. (ed), *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. A Comparative Study*, Amsterdam, North-Holland, 1982; P.M. NORTH, "The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations", *Journal of Business Law*, 1980, pp. 382-388; P.M. PATOCCHI, "Characteristic performance, A new myth in the conflict of Law?", *Festschrift P.Lalive*, 1993, pp. 113-139; R. PLENDER, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, London, 1991; F. POCAR, "Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien", *RCDIP*, 1996, pp. 41-65; ID., "L'unification des regles 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; L. RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie e conflitti di legge*, Milano, 1984; CH. REITHMANN / D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht. Das international Privatrecht der Schuldverträge*, 4<sup>a</sup> ed., Koln, 1988; L. RIGAUD, "Contribution des canonistes aux plus anciennes doctrines du droit international privé", *Actes du Congrès de droit canonique*, Paris, 1950, pp. 376 ss.; F. RIGAUX, "Examen de quelques questions laisses ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Cahiers de droit européen*, 1988, vol.XXIV, pp. 306-321; P. ROSS WILLIAMS, "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *ICLQ*, 1986, vol.35, pp. 1-31; G. SACERDOTI / M. FRIGO (Coordinadores), *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffré, Milán, 1994; A.F. SCHNITZER, "Les contrats internationaux en droit international privé suisse", *RCADI*, 1968, vol.123, pp. 541-636; ID., *Handbuch des internationalen Privatrech*, Basilea, 1944, p. 515 ss.; C. VON DER SEIPEN, *Akzessorische Anknüpfung und engste Verbindung im Kollisionsrecht der komplexen Vertrasverhältnisse*, Heidelberg, 1989; F. STURM, "Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?", *JDI Clunet*, 106, 1979, pp. 259-273; 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; R. VANDER ELST, "L'unification des regles de conflits de lois dans la CEE", *Journal des Tribunaux*, 1973, pp. 243-254; U. VILLANI, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *RDIPP*, 1993, pp. 513-540; ID., "L'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato", *Rivista di diritto europeo*, 1981, pp. 373-393; M. VIRGOS SORIANO,

"Obligaciones contractuales", en J.D. GONZALEZ CAMPOS (Dir.), *Derecho internacional privado. Parte especial*, 1995, pp. 144-108; 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 homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5302-5303; ID., "Art.10.5 Cc.", en M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Tomo I, vol.2, 2ª ed., 1995, pp. 609-694; ID., "El convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", en E. GARCIA DE ENTERRIA, J.D. GONZALEZ CAMPOS Y S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (estudio sistemático desde el Derecho español)*, vol. III, Madrid, Civitas, 1986, pp. 753-825; F. VISCHER, "The Antagonism between Legal Security and the Search of Justice in the Field of Contracts", *RCADI*, 1974, vol.142 pp. 1-70; 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; 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; ID., *Internationales Vertragsrecht*, Berna, 1962; 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, Giuffré, 1982, pp. 389-409; ID., "Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali", *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp. 261-278; A. WEIL, "Les Conventions de La Haye sur la vente á caractère international d'objets mobiliers corporels (communication suivie de discussion)", *TCFDIP*, 1958/59, París, pp. 37 ss.; W. WENGLER, "L'evolution moderne du droit international privé et la previsibilité du droit applicable", *RCDIP*, 1990, pp. 663 ss.; I.DE WINTER, "Considerazioni sulla legge della prestazione caratteristica", *Diritto Internazionale*, 1971 (I), pp. 227 ss.

\* \* \* \*