

# EL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO EN AUSENCIA DE ELECCIÓN POR LAS PARTES: EL ASUNTO INTERCONTAINER INTERFRIGO Y SU REPERCUSIÓN EN EL REGLAMENTO ROMA I

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Cantabria*

Recibido: 01.02.2011 / Aceptado: 10.02.2011

**Resumen:** A través de la sentencia de 6 de octubre de 2009, as. C-133/08, *Intercontainer Interfrigo*, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre una de las disposiciones que mayor divergencia doctrinal y jurisprudencial ha suscitado la aplicación del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: el artículo 4, -destinado a fijar el Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes-. El presente trabajo tiene por objeto analizar cada una de las cuestiones planteadas en torno a la mencionada disposición con el fin de determinar la posible repercusión que la solución mantenida por el Tribunal de Justicia respecto a cada una de ellas, pueda llegar a alcanzar en el Reglamento Roma I.

**Palabras clave:** obligaciones contractuales, ley aplicable, ausencia de elección, principio de proximidad, sistema de presunciones, cláusula de excepción, contrato de transporte, contrato de fletamento, Convenio de Roma, Reglamento Roma I.

**Abstract:** The ECJ Judgment, *Intercontainer Interfrigo* (C-133/08) of October 6, 2009 rule on one of the most controversial provision of the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations: article 4, -designed to set the law governing the contract in the absence of choice by the parties-. Both the scholarship and the courts of different Members States hold contradictory points of views around the interpretation of article 4. This paper tries to explain each of the questions raised about this provision in order to determine the real impact, it could be reach in Rome I Regulation.

**Key words:** contractual obligations, choice of law, absence of an agreed choice, most closely connected principle, presumptions, escape clause, contracts of carriage of goods, charter-party contracts, Rome Convention, Rome I Regulation.

**Sumario:** I. Introducción. II. El asunto *Intercontainer Interfrigo*. 1. Hechos. 2. Cuestiones prejudiciales. 3. Posición del TJCE. III. El art. 4 CR a la luz del asunto *Intercontainer Interfrigo*. 1. Aspectos generales: art. 4 CR. 2. El contrato de fletamento: art. 4.4 CR. 3. El fraccionamiento judicial del contrato: art. 4.1.II CR. 4. El criterio de la vinculación más estrecha: art. 4.5 CR. IV. El Reglamento Roma I: la ley aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes.

## I. Introducción

1. El asunto *Intercontainer Interfrigo*, resuelto por el TJCE en su sentencia de 6 de octubre de 2009, goza de una especial relevancia<sup>1</sup>. Se trata de la primera vez que el Tribunal de Justicia se pro-

---

<sup>1</sup> STJCE 6 octubre 2009, as. C-133/08, *Intercontainer Interfrigo*, en <http://curia.europa.eu/jurisp>. Vid. los comentarios a esta Sentencia de A. LEANDRO, «Obligazioni contrattuali: noleggjo e trasporto equiparati per la scelta del giudice competente»,

nuncia sobre la interpretación del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>2</sup>. Las cuestiones jurídicas planteadas giran en torno a los extremos más polémicos del CR, entre ellos la articulación del art. 4 CR, basado en el principio de proximidad, sistema de presunciones y cláusula de excepción. Finalmente, la repercusión que dicha decisión pueda llegar alcanzar en la aplicación e interpretación del Reglamento (CE) núm. 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido como «Reglamento Roma I» que sustituye al CR y que paradójicamente ya estaba en vigor al tiempo de dictarse la sentencia objeto de estudio de este trabajo, no deja de suscitar cierta inquietud jurídica<sup>3</sup>.

2. Para poder abordar con precisión tales extremos, se hace necesario comenzar con una exposición de los hechos, las cuestiones prejudiciales planteadas y la posición mantenida por el TJCE al respecto, para seguidamente pasar a analizar con mayor detenimiento aquellos aspectos planteados al hilo de este asunto y que giran en torno a la determinación de la ley aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes, tanto en el ámbito del CR como en el ámbito del Reglamento Roma I.

## II. El asunto *Intercontainer Interfrigo*

### 1. Hechos

3. Durante el mes de agosto de 1998, *Intercontainer Interfrigo SC* (en adelante, ICF), una empresa con domicilio social en Bélgica, celebró un contrato de fletamento con *Balkenende Oosthuizen BV* (en lo sucesivo, *Balkenende*) y *MIC Operations BV* (en lo sucesivo, MIC), dos sociedades con domicilio en los Países Bajos. En virtud de dicho contrato, que se concluyó en el marco de un proyecto de conexión ferroviaria para el transporte de mercancías entre Ámsterdam (Países Bajos) y Frankfurt (Alemania), ICF se comprometía a poner a disposición de *Balkenende*, que actuaba por cuenta de MIC, unos vagones, debiendo además garantizar el transporte por ferrocarril, a cuyo fin adquirió las locomotoras y los servicios necesarios. Por su parte MIC, se encargaba de la capacidad de carga y la parte operativa del transporte.

4. Aunque las partes no celebraron ningún contrato por escrito, cumplieron durante un breve periodo de tiempo sus acuerdos. No obstante, ICF remitió a MIC un proyecto de contrato escrito, que contenía una cláusula que designaba la ley belga como ley aplicable al contrato. En cualquier caso, dicho proyecto de contrato no fue firmado por ninguna de las partes.

5. El 27 de noviembre de 1998 y el 22 de diciembre del mismo año, ICF envió a MIC sendas facturas por importe de 107.512,50 euros y de 67.100 euros, respectivamente. MIC solo pagó la segunda. Casi tres años después, concretamente el 7 de septiembre de 2001, ICF requirió infructuosamente el pago de la primera factura.

6. El 24 de diciembre de 2002, ICF interpuso una demanda ante el *Rechtbank* de Haarlem solicitando se condenara a *Balkenende* y MIC a pagar la factura pendiente así como el impuesto sobre el valor

---

*Guida al Diritto*, 2009, núm. 43, pp. 71-75; S. RAMMELLOO, «Chartervertrag cum annexis – Art. 4 Abs. 2, 4 und 5 EVÜ (zu EuGH, 6.10.2009– Rs. C-133/08- Intercontainer Interfrigo SC (ICF)/. Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV)», *IPRax* 2010, vol. 3, pp. 215-219.

<sup>2</sup> La naturaleza jurídica del Convenio de Roma hizo necesaria la elaboración de dos Protocolos con el fin de atribuir al TJCE (actualmente TJUE) competencia para interpretar de manera vinculante el texto convencional. Ambos Protocolos firmados en Bruselas el 19 de diciembre de 1988, entraron en vigor general y también para España, el 1 de agosto de 2004 (*BOE* de 8 de octubre de 2004).

<sup>3</sup> *DO* núm. L 177, de 4 de julio de 2008. La ley aplicable a los contratos internacionales celebrados después del 17 de diciembre de 2009 se determina en todos los Estados miembros de la UE, a excepción de Dinamarca, con arreglo al Reglamento Roma (arts. 28-29 Reg. Roma I).

añadido correspondiente, incrementada con los intereses y costas. Las empresas demandadas invocaron la prescripción del crédito controvertido, sosteniendo que en virtud de la ley aplicable al contrato –según ellas, el Derecho neerlandés–, dicho crédito había prescrito. En cambio, para ICF la ley aplicable al contrato era el Derecho belga y conforme a tal ordenamiento jurídico el crédito no había prescrito.

7. Mediante sentencia de 28 de enero de 2004, el *Rechtbank* de Haarlem consideró que en aplicación del Derecho neerlandés, -Derecho que regía el contrato-, el crédito reclamado había prescrito, y por tanto declaró la inadmisibilidad de la demanda. ICF interpuso recurso de apelación ante el *Gerechthof* de Ámsterdam. El mencionado Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia.

8. Ante los órganos jurisdiccionales que conocieron del fondo del asunto, ICF sostuvo que el contrato sobre el que versaba el litigio no era un contrato de transporte, por tanto, la determinación del Derecho aplicable en ausencia de elección por la partes no podía efectuarse sobre la base del art. 4.4 CR sino recurriendo al art. 4.2 CR.

9. Tanto el *Rechtbank* como el *Gerechthof* calificaron el contrato como un contrato de transporte de mercancías, al considerar que, a pesar de que ICF no tenía la condición de transportista, el objeto principal del contrato era el transporte de mercancías.

10. Aun así descartaron la aplicación del art. 4.4 CR por no existir una conexión pertinente en el sentido de dicha disposición. Para determinar el Derecho aplicable al contrato, recurrieron al principio de proximidad, esto es, la ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos (art. 4.1 CR). Basándose en diversas circunstancias del caso concreto –tales como, el domicilio social de ambas partes contratantes, el trayecto de los vagones entre Ámsterdam y Frankfurt y el lugar de carga (Ámsterdam) y el lugar de descarga (Frankfurt)- consideraron que el contrato presentaba vínculos más estrechos con los Países Bajos.

11. En cualquier caso, ambos tribunales pusieron de manifiesto que incluso en el supuesto de considerar que el contrato objeto de litigio no fuese un contrato de transporte, en el sentido del art. 4.4 CR, tampoco resultaría aplicable el art. 4.2 CR, -presunción general-, sino el art. 4.5 CR, -cláusula de excepción-, en tanto que del conjunto de las circunstancias resultaba que el contrato presentaba vínculos más estrechos con los Países Bajos.

12. ICF interpuso un recurso de casación ante el *Hoge Raad* alegando error de Derecho no sólo en cuanto a la calificación del contrato sino también por la incorrecta aplicación del art. 4.5 CR. En relación a este último extremo, y según la demandante, sólo cabe recurrir a la cláusula de excepción cuando del conjunto de las circunstancias resulta que el lugar al que conduce la prestación característica, -presunción general-, carece de verdadero valor de conexión.

## 2. Cuestiones prejudiciales

13. Ante las divergencias sobre la interpretación del art. 4 CR, el *Hoge Raad* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cinco cuestiones prejudiciales que pueden agruparse en tres bloques:

14. El primero de ellos, se dirige a discernir básicamente un problema de calificación del contrato. Concretamente se trata de dilucidar el ámbito de aplicación material del art. 4.4 CR, –destinado a establecer una presunción especial para los contratos de transporte de mercancías-, precisando, a tal efecto, si los contratos de fletamento distintos a los mencionados expresamente por dicha disposición, -«los contratos de fletamento para un solo viaje», pueden ser subsumidos en el supuesto de hecho de tal norma.

15. El órgano jurisdiccional remitente es consciente de que el contrato de fletamento objeto de litigio forma parte de un contrato complejo cuyo fin último es el transporte de mercancías. Ante tal hecho el propio tribunal se plantea dos líneas interpretativas:

- a) una restrictiva, conducente a excluir del art. 4.4 CR aquellos contratos de fletamento distintos a los contratos de fletamento para un solo viaje.
- b) una interpretación amplia, consistente en considerar que el objeto principal del contrato es el transporte de mercancías, y por tanto, todas las partes del mismo han de quedar regidas por lo dispuesto en el art. 4.4 CR.

16. Un segundo bloque, consecuencia directa del anterior, en caso de mantenerse una interpretación restrictiva en torno al ámbito de aplicación material del art. 4.4 CR gira en torno al posible fraccionamiento judicial del contrato (art. 4.1.II CR). En el supuesto de contratos mixtos o contratos complejos, como el caso de autos, resulta legítimo cuestionarse si el contrato de fletamento en sí mismo considerado debe quedar regido por el art. 4.2 CR y el contrato de transporte por el art. 4.4. CR. Si así fuera, aplicando esta interpretación, quedaría por resolver otra cuestión: cuál de las dos leyes aplicables a sendos contratos regiría la acción de prescripción de la acción.

17. El tercer bloque se centra en uno de los aspectos que mayor polémica doctrinal y jurisprudencial, ha suscitado el CR: la aplicación de la cláusula de excepción (art. 4.5 CR) en relación con el sistema de presunciones (art. 4. 2 a 4 CR). En este sentido el *Hoge Raad* solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión tan poco baladí como el valor que desempeñan las presunciones para fijar la ley aplicable en defecto de elección de las partes. En otras palabras, se trata de determinar si las presunciones establecidas en el CR son meros «índices de valoración» a tener en cuenta por el operador jurídico con vistas a determinar el Derecho aplicable al contrato, o si por el contrario, deben de ser aplicadas con carácter general y apriorístico sin necesidad de examinar las circunstancias del contrato, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que tales presunciones no reflejen una proximidad suficiente, por existir otro país con el que el contrato se halla más estrechamente conectado.

### 3. Posición del TJCE

18. Respecto al *ámbito de aplicación material del art. 4.4 CR*, el Tribunal de Justicia sigue una *interpretación amplia*. Se basa para ello en el tenor literal del precepto que asimila a los contratos de transporte no sólo a los contratos de fletamento para un solo viaje sino también a otros contratos, siempre que el objeto esencial de éstos sea el de realizar un transporte de mercancías. De tal modo que cabe subsumir en el supuesto de hecho de la norma a aquellos contratos que, aun teniendo en Derecho nacional la calificación de contratos de fletamento, tengan como objeto principal el transporte de mercancías (FJ 33).

19. A tal fin debe tomarse en consideración la finalidad de la relación contractual y, consiguientemente el conjunto de obligaciones de la parte que realiza la prestación característica. En este sentido, un contrato de fletamento en el que el fletante no sólo se obligue a poner un medio de transporte a disposición del fletador sino al transporte mismo de las mercancías, con independencia de la calificación que reciba en Derecho nacional, queda incluido en el ámbito de aplicación del art. 4.4 CR (FJ 34 y 35).

20. Si bien, recuerda el propio Tribunal de Justicia la presunción del art. 4.4 CR solo se aplica cuando el fletante que además es considerado transportista tenga su establecimiento principal, en el momento de celebración del contrato, en el país en el que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor (FJ 36).

21. En cuanto al *fraccionamiento judicial el contrato*, contemplado en el segundo inciso del art. 4.1 CR el Tribunal recalca el *carácter excepcional* de dicho mecanismo (FJ 43). Por consiguiente, antes de que el juez proceda a la separación del contrato, debe comprobar los siguientes extremos:

- a) Que no se quebranta con ello la seguridad jurídica, algo que tendrá lugar cuando no resulte previsible con cierto grado de certeza para las partes (FJ 44).
- b) Que el contrato comprenda una pluralidad de partes que puedan ser consideradas autónomas entre sí (FJ 45).

22. Si así sucede, cada parte del contrato se regirá por una sola ley. Por consiguiente, en lo que atañe concretamente a las normas relativas a la prescripción de un derecho, tales normas deben pertenecer al mismo ordenamiento jurídico que el que se aplique a la obligación correspondiente, tal y como establece el art. 10.1 d) CR (FJ 47).

23. Finalmente y por lo que respecta a lo que cabría calificar como el punto álgido de las cuestiones controvertidas: *la aplicación del art. 4.5.II CR*, el Tribunal de Justicia se muestra tajante: se decanta por *una interpretación casuística*. De tal forma que, en defecto de elección del derecho aplicable al contrato, el juez si bien es cierto debe partir de las presunciones establecidas en el art. 4. 2 a 4 CR, en aras los principios de previsibilidad y seguridad jurídica que han de regir las relaciones contractuales, debe descartar la aplicación de las mismas siempre y cuando del conjunto de las circunstancias resulte claramente que el contrato presenta lazos más estrechos con un país distinto al designado por tales disposiciones. Incumbe por tanto al juez, tras el examen de las circunstancias del caso concreto, descartar cuando así procesa, –cuando del conjunto de las circunstancias resulte claramente que el contrato presenta lazos más estrechos con un país distinto del determinado sobre la base de alguno de los criterios previstos en los apartados 2 a 4 el art. 4 CR–, tales criterios y aplicar la ley del país con el que dicho contrato presente los lazos más estrechos (FJ 62-64).

### III. El art. 4 CR a la luz del asunto *Intercontainer Interfrigo*

#### 1. Aspectos generales: el art. 4 CR

24. En defecto de elección de la ley por las partes, o cuando esta elección no sea válida, la ley reguladora del contrato se determina mediante los criterios objetivos establecidos en el art. 4 CR. El texto convencional se decanta para ello por el *principio de proximidad*, que tiende a buscar la mejor localización del supuesto y la justicia al caso concreto, de modo que el contrato queda regulado por la ley del Estado con el que presenta *los vínculos más estrechos*<sup>4</sup>.

25. Pero, esta regla básica de los vínculos más estrechos presenta, por su generalidad, el inconveniente de hacer difícilmente identificable para las partes el Derecho aplicable, especialmente durante las fases de negociación del contrato. De ahí que el Convenio tienda a buscar un equilibrio entre la justicia del caso concreto y la exigencia de seguridad y previsibilidad jurídica, estableciendo, a tal efecto, un sistema de presunciones (art. 4. 2, 3 y 4 CR) que determinan *a priori* el país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos.

---

<sup>4</sup> *Vid.*, entre otros: R. BARATTA, *Il collegamento piu stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè Ed., Milán, 1991; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980», en A.-L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137; M. FRIGO, «La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella Convenzione di Roma», en C. SACERDOTI/M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè ed., Milán, 1993, pp. 17 y ss; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980», *Diario La Ley*, núm. 95, de 4 de abril de 1995, pp. 1-6; M. VIRGÓS SORIANO, «El Convenio de Roma de 19 de junio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA/J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho comunitario europeo*, III, Civitas, Madrid, 1986, pp. 753-825; Id., «La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos mas estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato», en I. L. IGLESIAS PRADA (coord), *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, IV, Civitas, Madrid, 1996, pp. 52289-5309.



26. Este sistema de presunciones consta de: a) *Un regla general*, que gira en torno a la *prestación característica*<sup>5</sup>. Se presume que el contrato se encuentra más estrechamente vinculado con el país en el que la parte que debe realizar la prestación característica tiene su residencia habitual, –si es persona física–, o su administración central, –si es una sociedad, asociación o persona jurídica– (art. 4.2 CR). b) *Un régimen especial* para los contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o la utilización de un inmueble (art. 4.3 CR) y para los contratos de transporte (art. 4.4 CR.). Para los primeros, la vinculación más estrecha se presume con el país dónde está situado el inmueble. Respecto a los segundos, la presunción de que el centro de gravedad del contrato se encuentra en el Estado donde tiene su sede la parte que debe realizar la prestación característica, sólo opera cuando en el momento de celebración del contrato, éste coincide con el del lugar de carga, descarga o el establecimiento principal del expedidor. En este sentido, cabe afirmar que más que una presunción especial, el art. 4.4 CR actúa como límite al funcionamiento de la regla general.

27. Las anteriores presunciones son, sin embargo, presunciones *iuris tantum*, enervables en dos grupos de supuestos: a) cuando no concurren los elementos básicos que les permiten funcionar; b) y cuando del conjunto de las circunstancias, resulta que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país distinto de aquél al que conducen las presunciones. En ambos supuestos, se aplica al contrato, tal y como se prevee en el art. 4.5 CR, la ley del país con el que dicho contrato presenta los vínculos más estrechos<sup>6</sup>.

28. El art. 4 CR posee una estructura compleja cuyo análisis no sólo ha dividido a la doctrina sino también a la jurisprudencia. De tal suerte, cabría afirmar *grosso modo* son dos las formas que se han propuesto para interpretar dicha disposición:

29. a) *Método casuístico*: según el cual, corresponde al operador jurídico, determinar caso por caso el país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos, valorando todas las circunstancias del supuesto. Las presunciones recogidas en el art. 4. 2, 3 y 4 CR constituyen un índice de vinculación más. Este modelo otorga primacía absoluta al principio de justicia del caso concreto, –es necesario realizar siempre un examen de todas las circunstancias que rodean al contrato–, y además merma la previsibilidad de las partes en cuanto a la ley aplicable, –éstas deben esperar a que intervenga el órgano jurisdiccional para saber cual será, en función de los índices examinados, el Derecho rector del contrato<sup>7</sup>.

30. b) *Método de las presunciones fuertes*: Un correcto entendimiento del art. 4 CR ha de partir de una interpretación presidida por un equilibrio entre el principio de seguridad jurídica y la justicia de resultado. El primero de ellos exige aplicar las presunciones contenidas en los apartados 2, 3 y 4 del art. 4 CR con carácter general, constituyendo presunciones fuertes. Tales presunciones se erigen como la primera solución para determinar el Derecho aplicable a falta de elección por las partes. El art. 4 CR aparece así como una regla sencilla y clara en tanto que permite individualizar la *lex contractus* mediante criterios directos y estables sin necesidad de realizar un examen de las circunstancias globales

<sup>5</sup> Vid., *ad ex.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*», en A.-L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119; H. U. JESSURUND D'OLIVEIRA, «Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention», ARIL, 1977, pp. 303 y ss.; K. LIPSTEIN, «Charasteristic Performance. A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract of the EEC», *Northeastern Journal of International Law Business*, 1981, pp. 402-423; M. MAGAGNI, *La prestazione caratterstica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989; P. M. PATOCHI, «Charasteristic performance. A new myth in the conflict of Law?», *Festschrift für P. Lalive*, 1993, pp. 113-139; U. VILLANI, «Aspetti porblematici della prestazione caratteristica», RDIPP, 1993, pp. 513-540; F. VISCHER, «The Principle of Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention», en K. LIPSTEIN (ed.), *Harmonization of PrivateInternational Law by EEC*, London, 1978, pp. 25-30.

<sup>6</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 86-108.

<sup>7</sup> Vid., en este sentido: R. BARATTA, *op. cit.*, pp. 186-191; L. F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, 1994, pp. 73-112; A. L. DIAMOND, «Conflict of Laws in the EEC» *Current Legal Problemns*, 1979, pp. 155-177; Id., «Harmonization of Private internacional Law relating to contratual Obligations», *RCADI*, 1986, vol. 199, pp. 133-321; M. FRIGO, *loc.cit.*, *op. cit.*, pp. 17-34; A. KASSIS, *Le nouveau droit europeen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 225-328., pp. 285-327; E. VITTA, «La convenzione CEE suite obbligacioni contrattuali e l'ordinamiento italiano», *RDIP*, 1981», pp. 837-852.

que rodean al contrato. Sólo en casos excepcionales deberá recurrirse al principio de los vínculos más estrechos tal y como viene establecido en el art. 4.5 CR, y proceder, por tanto a un análisis de todas las circunstancias el caso concreto<sup>8</sup>.

31. El Tribunal de Justicia, en el asunto *Intercontainer Intertrigo*, se decanta sorprendentemente por el primero de estos métodos. Y sorprende dicha decisión básicamente por tres motivos. Primero: contraría uno de los principales objetivos perseguidos por el CR, -la seguridad jurídica-. De tal forma que las partes de un contrato que no hayan elegido la ley aplicable, no podrán saber de antemano cual es el Derecho rector del mismo. Dependerá de la valoración del juez en cada caso concreto tras un examen de las circunstancias que rodeen el supuesto. Segundo: se complica innecesariamente la determinación de la ley aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes, -el tribunal deberá de intervenir siempre, caso por caso, en esa labor-. Tercero: la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia encaja mal, como se verá más adelante, con la solución ofrecida por el Reglamento Roma I, cuya entrada en vigor estaba próxima a la fecha de dictar la sentencia objeto de análisis de este trabajo. Dato este último que, al parecer, no tuvo en cuenta el alto Tribunal.

## 2. El contrato de fletamento: art. 4.4 CR

32. El CR establece una regla especial para los contratos de transporte de mercancías. Para este tipo de contratos, tal y como dispone el art. 4.4 CR, se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde el transportista posee su establecimiento principal en el momento de la conclusión del contrato si dicho país coincide con aquél en el que está situado el lugar de carga o descarga o el establecimiento del expedidor<sup>9</sup>.

33. El art. 4.4 CR exige una proximidad real entre el contrato y el país cuya ley lo rige. De haberse mantenido la presunción general del art. 4.2 CR para estos contratos, la ley aplicable al contrato podría haber sido la de un Estado poco o nada conectado con la situación contractual. Esta es la razón que justifica su exclusión del art. 4.2 CR<sup>10</sup>.

34. En cualquier caso, el art. 4.4 CR es *una norma poco clara*, especialmente por lo que se refiere a su ámbito material de aplicación. La misma redacción el precepto ha dado lugar a interpretaciones

<sup>8</sup> Vid., entre otros: A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc.cit., op.cit.*, pp. 86-108; H. GAUDEMET-TALLON, «Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE num. 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte a la signature à Rome le 19 juin 1980)», *RTDE*, 1981, pp. 215-285; M. MAGAGNI, *op. cit.*, pp. 400-430; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *loc. cit.*, pp. 1-6.; E. POCAR, «L'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile ai contratti», *RDIPP*, 1991, pp. 249-252; U. VILLANI, *loc. cit.*, pp. 513-540; M. VIRGÓS SORIANO, «Artículo 10.5 Cc» en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, vol. 2, Edersa, Madrid, pp. 654-662; M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs. Estado de destino», *Indret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-10.

<sup>9</sup> Vid. sobre el contrato de transporte de mercancías en el ámbito del CR: R. ESPINOSA CALABUIG, *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable*, Comares, Granada, 1999, pp. 251-358; C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «El contrato de transporte y el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 337-372; J. C. SCHUTLITZ, «The concept of characteristic performance and the effect of the EEC Convention on carriage of goods», en P. NORTH, *Contract Conflict. The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligation: A Comparative Study*, Amsterdam, 1982, pp. 185-201.

<sup>10</sup> La aplicación de la presunción característica a los contratos de transporte de mercancías conduciría a la aplicación de la ley del lugar donde el porteador tuviera su establecimiento principal, con la consecuencia de que en un gran número de supuestos, sería la de un país distante, poco conectado con el contrato. Así por ejemplo no sería apropiado que un contrato de transporte marítimo realizado desde Nueva York a Hamburgo y concluido por un porteador sueco, se regulara por el Derecho sueco conforme al art. 4.2 CR. Circunstancia esta que adquiere mayor sentido cuando se trata de buques con pabellón de conveniencia. Vid. E. SELVIG, «Certain Problems relating to Application of the EEC Draft in the Field of International Maritime Law», en B. VON HOFFMANN/K. SIEHR, *European Private International Law of Obligations*, JCB Möhr, Tübingen, 1975, p. 197. Vid. M. GIULIANO/P. LAGARDE, *Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, DOCE C-327, de 11 de diciembre de 1992, (en adelante Informe GIULIANO/LAGARDE), p. 20.

divergentes. Por un lado, se alude expresamente a «*los contratos de fletamento para un solo viaje*». Por otro, se refiere a «*otros cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías*». El problema surge de inmediato: se ha de proceder a la calificación del contrato para dilucidar si puede ser subsumido en el supuesto de hecho del art. 4.4 CR.

**35.** Dicha labor se complica aún más si se tiene en cuenta que los ordenamientos jurídicos nacionales presentan importantes divergencias respecto a la naturaleza jurídica del contrato de fletamento<sup>11</sup>. Esta situación ha hecho surgir dos posibles formas de interpretación.

**36. a) Una concepción restringida.** Según esta corriente doctrinal, solo los contratos de transporte en línea regular y el fletamento para un solo viaje al que alude el precepto, integrarían el contenido del art. 4.4 CR. La mención específica a los contratos de fletamento para un solo viaje se justifica por su similitud a los contratos de transporte, debiendo entenderse que todos las demás modalidades de fletamento, -tales como, el fletamento por viajes múltiples, el fletamento por tiempo, etc.- quedan excluidos por alejarse en mayor medida de los contratos de transporte. Consecuentemente, para poder subsumir el contrato en el art. 4.4 CR, debe presentar carácter unitario. Ahora bien, el hecho de que el precepto aluda a otros contratos cuyo objeto principal sea el transporte de mercancías daría entender que se está refiriendo a aquellos contratos de carácter mixto –transporte y depósito, transporte y venta o transporte y arrendamiento de obra-. Será necesario en este caso, que el transporte constituya el objeto principal de tales contratos para poder englobarse en el ámbito de aplicación de la norma convencional.

Además, el precepto debe limitarse a los contratos de transporte *strictu sensu* en la medida en que sólo en estos contratos adquieren una especial significación los criterios de conexión empleados, esto es, el lugar de carga y de descarga, y la figura del expedidor.

La consecuencia de todo ello será la necesidad de regular todos los contratos que se hayan excluido del ámbito material del art. 4.4 CR a través de la presunción general del art. 4.2 CR, algo que conducirá a aplicar la ley del país donde el porteador-fletante tenga su establecimiento principal<sup>12</sup>.

**37. b) Una concepción amplia.** Desde esta perspectiva, se defiende subsumir en el ámbito de aplicación material del art. 4.4 CR todos aquellos contratos que a pesar de no tener como objeto principal el transporte de mercancías *strictu sensu*, tal y como sucede en la mayoría de las modalidades de fletamento, si que tienen un claro objetivo o finalidad de transporte.

Desde una perspectiva funcional y económica, esta interpretación se adapta más a la realidad actual de este sector del comercio internacional. De no hacerlo así, quedaría sin sentido la propia justificación del art. 4.4 CR<sup>13</sup>.

La presunción del art. 4.4 CR fue además creada para evitar la aplicación de una ley poco conectada con el contrato, algo que sucedería si aplicásemos el art. 4.2 CR a otros contratos de fletamento no mencionados expresamente en dicha disposición. Se debería por tanto recurrir para determinar el Derecho aplicable al contrato al art. 4.5 CR, contraviniendo con ello su carácter excepcional<sup>14</sup>.

**38.** En este contexto, el asunto *Intercontainer Interfrigo* adquiere una especial relevancia. El Tribunal de Justicia se decanta por una interpretación amplia del supuesto de hecho del art. 4.4 CR, acorde con la finalidad perseguida por la norma: ofrecer una solución conflictual adaptada a las peculiaridades

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, en Francia e Italia el contrato de fletamento y el contrato de transporte son considerados contratos completamente distintos. Por el contrario, en el Derecho inglés y en el Derecho español el contrato de fletamento es equiparado a un contrato de transporte. Sobre los problemas de calificación de los contratos de fletamento, *vid.* R. ESPINOSA CALABUIG, *op. cit.*, pp. 270-281.

<sup>12</sup> *Vid.*, entre otros: F. BERLINGIERI, «La Convenzione di Roma Stith Legge Applicabile alle Obligazioni Contrattuali e Trasporto Marittimo», en AA.VV., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Cedam; Padua, 1983, p. 254;

<sup>13</sup> *Vid.* R. ESPINOSA CALABUIG, *op. cit.*, pp. 294-301; A. A. MOCATTA/M. MUSTILL/S. C. BOYD (eds.), *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 19ª ed., Sweet and Maxwell, Londres, 1984, p. 51; J. C. SCHULLTSZ, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 193.

<sup>14</sup> Informe GIULIANO/LAGARDE, p. 20.



de este concreto sector del comercio internacional. En cualquier caso, los problemas de calificación no desaparecerán con ello. Para que un contrato de fletamento pueda ser subsumido en el supuesto de hecho del art.4.4 CR, -dirigido a establecer una presunción especial en materia de contratos de transporte de mercancías-, será necesario examinar y analizar, caso por caso, la finalidad de la relación contractual y el conjunto de las obligaciones de la parte que realiza la prestación característica<sup>15</sup>.

39. Por otro lado, el art. 4.4 CR es *una norma incompleta*. Para que pueda funcionar resulta necesario que concurren como mínimo dos puntos de conexión. En este sentido, el art. 4.4 CR actúa como límite a la presunción general con el fin de aplicar una ley efectivamente conectada con el caso concreto. Guarda silencio la norma, para aquellos casos en que no opere la coincidencia de factores. En este caso, habrá que acudir al art. 4.1 CR: el principio de los vínculos más estrechos para determinar la ley rectora del contrato, y no al art. 4.2 CR<sup>16</sup>.

40. Podría suceder que aún operando las conexiones del art. 4.4 CR, éstas condujeran a la aplicación de una ley poco conectada con el contrato, en este supuesto habrá que recurrir a la cláusula de escape prevista en el art. 4.5 CR.

### 3. El fraccionamiento judicial del contrato (art. 4.1.II CR)

41. Para determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales, el CR utiliza una unidad básica de asignación: el contrato. En ausencia de elección por las partes, el contrato debe quedar sujeto a una sola y única ley (art. 4.1.I CR). Sin embargo, el art. 4.1.II CR afirma que, excepcionalmente, «*si una parte del contrato es separable del resto del mismo y presenta un vínculo más estrecho con otro país, se podrá aplicar a título excepcional, a esta parte del contrato, la ley de este otro país*».

42. El recurso al art. 4.1. II CR es excepcional por dos motivos: a) se trata de una solución subsidiaria. Sólo opera en defecto tanto de las presunciones (art. 4.2 a 4.4 CR) como en caso de no ser posible determinar una única ley aplicable a todo el contrato por presentar una fuerte plurilocalización (art. 4.5. I CR). b) El propio art. 4.1.I CR afirma que el juez solo debe recurrir al fraccionamiento de modo excepcional. Así queda confirmado por el propio Tribunal de Justicia en el asunto *Intercontainer Interfrigo*<sup>17</sup>.

43. Para poder recurrir al fraccionamiento judicial el contrato, deben concurrir las siguientes condiciones<sup>18</sup>:

- a) El contrato debe presentar partes separables, eso significa, que debe referirse a un sector del contrato susceptible de viabilidad comercial independiente. Por «parte separable» se hace referencia al régimen jurídico de las obligaciones de uno de los contratantes.
- b) Dicha parte separable debe manifestar una vinculación más estrecha con otro país, distinto de aquel al que el resto del contrato está conectado.
- c) Las presunciones deben haber resultado inoperantes para fijar la ley aplicable a todo el contrato por falta de concurrencia de los elementos básicos de las mismas. Así sucederá cuando no se pueda determinar una prestación característica de todo el contrato – caso de los contratos complejos, *factoring*, etc...-.
- d) El contrato debe de estar intensamente conectado con más de un país. Si tal plurilocalización es débil y el contrato presenta una vinculación general más estrecha con un solo país, la ley de dicho Estado será aplicable a todo el contrato en virtud del art. 4.5.I CR).

<sup>15</sup> FJ 33-35.

<sup>16</sup> Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, *op. cit.*, pp. 349-351.

<sup>17</sup> FJ 43-47

<sup>18</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Convenio de Roma...», *op. cit.*, pp. 107-108.

#### 4. El criterio de la vinculación más estrecha: art. 4.5 CR

44. Existen dos supuestos en los que las presunciones previstas en el art. 4. 2 a 4 CR no son aplicables para determinar el Derecho aplicable al contrato: a) cuando no concurren los elementos necesarios que permiten funcionar a las presunciones; b) cuando del conjunto de las circunstancias del contrato resulta que éste presenta vínculos más estrechos con otro país, distinto a aquél al que conducen las presunciones.

45. En ambos supuestos, el art. 4.5 CR establece la aplicación al contrato de la ley del país con el que dicho contrato presenta los vínculos más estrechos (art. 4.5 CR). Dicho principio desempeña *una doble función*. En el primer caso, juega como *cláusula de cierre* del sistema. Las presunciones son inoperantes, por tanto constituye una regla subsidiaria de las mismas, útil para cerrar el sistema de determinación de la ley aplicable al contrato. En el segundo, actúa como *cláusula de cierre* o *cláusula de excepción*. Las presunciones no garantizan la proximidad del contrato con el país cuya ley designan, actúa como auténtico correctivo, de modo que hace decaer las presunciones del art. 4. 2 a 4 CR<sup>19</sup>.

46. Para poder aplicar la cláusula de escape (art. 4. 5 IICR) resulta necesario un proceso de razonamiento que demuestre, apoyado sobre datos concretos, que el contrato presenta una vinculación más estrecha con otro país. Sólo así se podrán destruir las presunciones simples contenidas en el art. 4. 2 a 4 CR.

47. Cuando el criterio de los vínculos más estrechos opera como correctivo de las presunciones, la aplicación del art. 4.5 CR debe hacerse con carácter restrictivo. Y ello debiera de ser así en tanto que contempla casos excepcionales: aquéllos en los que las presunciones no conducen a la aplicación del ordenamiento del Estado más estrechamente vinculado con el contrato.

Desde esta perspectiva, el art. 4.5.II CR desempeña además una función procesal en tanto que incide en la carga de prueba. De tal forma, el contratante que sostenga la aplicación de una ley distinta a la determinada por las presunciones, debe aportar los elementos que sirvan para destruir la presunción, debiendo el órgano jurisdiccional valorar a la luz de tales datos, si efectivamente el contrato presenta una más estrecha vinculación con otro país.

48. Ahora bien, el CR no establece expresamente las pautas que debe seguir el intérprete para concretarse el Estado con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Por otro lado, resulta del todo lógico, ya que el Convenio asume que la ley del contrato se fije por el órgano jurisdiccional caso por caso, en atención de las circunstancias presentes en cada supuesto. Se trata de una solución casuística que exige un considerable despliegue jurisprudencial.

49. Por ello, el art. 4.5 CR ha sido objeto de ciertas críticas. Especialmente se ha puesto de manifiesto que visto el margen discrecional que dicha disposición concede a los tribunales, subsiste el peligro de que éstos continúen aplicando sus antiguas soluciones de DIPr en materia contractual. Es más, también se corre el riesgo, como así ha sucedido, que los órganos jurisdiccionales utilicen tal margen de discreción para interpretar el art. 4 CR en su conjunto siguiendo el método casuístico, en el que las presunciones del art. 4. 2 a 4 CR quedan reducidas a simples índices de valoración<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Vid. C. CAMPIGLIO; «Prime applicazioni della clausula d'eccezione «europea» in materia contrattuale», *RDIPP*, 1992, pp. 1090 y ss.; C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception en Droit international privé*, Ginebra, 1983, K. IATRIDOU, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et des juridictions ou le principe de proximité*, 1994.

<sup>20</sup> Para un estudio comparado de la jurisprudencia surgida en torno al art. 4.5.II CR, *vid.*: O. LOPES PEGNA, «Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di Regolamento «Roma I»», *RDI*, 2006, núm. 3, pp. 756-782, esp. pp.764-773. Para un análisis de la jurisprudencia española, ciertamente dividida en este aspecto, *vid.*: E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 111-126.

50. De ahí, la necesidad de que el Tribunal de Justicia se pronunciase al respecto para fijar las pautas a seguir en torno a la interpretación del art. 4.5 CR, habida cuenta de las diferentes líneas jurisprudenciales que se estaban siguiendo en los distintos Estados miembros de la UE. Y lo hecho a través del asunto *Intercontainer Intertrigo*. El Tribunal de Justicia descarta el sistema de presunciones fuertes. Corresponde en cada caso al juez determinar a la luz de las circunstancias del caso concreto, la ley más vinculada con el contrato. Las presunciones establecidas, por tanto, en el art. 4. 2 a 4 CR se convierten en simples índices de valoración a tener en cuenta por el tribunal<sup>21</sup>.

51. La decisión del Tribunal de Justicia resulta más que criticable entre otras razones, porque se quebranta con ella la seguridad jurídica, se complica innecesariamente el sistema de fijación de la ley aplicable al contrato en defecto de elección por las partes, pero sobre todo porque no tiene en cuenta la nueva regulación ofrecida por el Reglamento Roma I, tendente a primar la seguridad jurídica y la previsibilidad sobre la justicia del caso concreto. Queda ahora por ver, cómo afectará dicha sentencia a la interpretación del mencionado Reglamento comunitario.

#### IV. El Reglamento Roma I: ley aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes

52. El Reglamento Roma I, que constituye una de las piezas angulares del Derecho internacional privado de origen comunitario, ha venido a sustituir al Convenio de Roma sobre ley aplicable a obligaciones contractuales. Junto al cambio de naturaleza jurídica, el nuevo texto ha venido a introducir ciertas modificaciones<sup>22</sup>.

53. De ellas destaca, sin lugar a dudas, la nueva estructura del art. 4 Reg. Roma I destinado a determinar la ley aplicable al contrato en defecto de elección por las partes o cuando dicha elección no sea válida. La justificación de este cambio se encuentra en las diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales a las que había dado lugar el art. 4 CR, tal y como ha quedado expuesto en páginas anteriores, y que precisamente motiva la sentencia del TJCE objeto de este trabajo.

54. El art. 4 Reglamento Roma I trata de primar la certeza y la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo sobre la justicia del caso concreto (Considerando 16 Reg. Roma I). A tal fin y para determinar el Derecho aplicable al contrato en defecto de elección por las partes, se suprime el principio de proximidad como regla de base del sistema. Se abandonan los puntos de conexión flexibles que necesitan ser concretados por el tribunal y que se inspiran en el mencionado principio. También desaparece, por la misma causa, el fraccionamiento judicial del contrato.

55. La nueva estructura del art. 4 Reglamento Roma I descansa sobre: a) *unas normas de conflicto especiales* para un elenco de contratos, —concretamente, ocho—, los más comunes en la práctica comercial internacional, para los que se indica a través de puntos de conexión rígidos la determinación de una concreta ley estatal (art. 4.1 Reg. Roma I); b) *una norma general*, aplicable cuando el contrato no es subsumible en ninguna de las anteriores categorías contractuales o es subsumible en más de una de

<sup>21</sup> FJ 62-64.

<sup>22</sup> Sobre el Reg. Roma I, en general, *vid.*, *ad ex.*: T. BALLARINO, «Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto», *CDT*, vol. 1, n.º 1, 2009, pp. 5-18; A.-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *CDT*, vol. 1, n.º 2, pp. 32-133; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en *ID.*, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares. Granada, 2010, pp. 457-617, esp. pp. 483-617; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; F. FERRARIS/S. LEIBE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, n.º 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *on line*; P. LAGARDE/A. TENENBAUM, «De la Convention de Rome au Règlement Rome I», *RCDIP*, 2008-4, pp. 727-780; O. LANDO/P. A. NIELSEN, «The Rome I Regulation», *CMLR*, 2008, pp. 1687.1723; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

ellas, entonces el contrato se rige por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica (art. 4.2 Reglamento Roma I); c) *una cláusula de excepción*, a la que solo se recurrirá si del conjunto de circunstancias se desprende *claramente* que el contrato presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con otro país distinto al indicado en el art. 4.1 y art. 4.2 Reg. Roma I, en cuyo caso, el contrato se rige por la Ley de este otro país (art. 4.3 Reg. Roma I); d) *una cláusula de cierre* que entra en juego cuando el contrato no quede incluido en ninguna de las ocho categorías contractuales (art. 4.1 Reg. Roma I) y tampoco pueda determinarse en él una prestación característica (art. 4.2 Reg. Roma I), entonces el contrato se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos (art. 4.4 Reg. Roma I)<sup>23</sup>.

**56.** Para los *contratos de transporte* se incluye un precepto autónomo en el Reg. Roma I (art. 5 Reg. Roma I). La regulación establecida en dicha disposición difiere sustancialmente de la recogida en el art. 4.4. CR. En primer lugar, se ofrece un tratamiento diferenciado y específico para *el contrato de transporte de mercancías*. (art. 5.1 Reg. Roma I) y para *el contrato de transporte de pasajeros* (art. 5.2 Reg. Roma I). En segundo lugar, y dentro de cada uno de estos contratos, se establecen normas para determinar la ley aplicable que se separan en parte del sistema del CR<sup>24</sup>.

**57.** Por lo que se refiere al *contrato de transporte de mercancías* (art. 5.1 Reg. Roma I), el legislador comunitario ha optado por suprimir en el supuesto de hecho de la norma de conflicto toda referencia a cualquier tipo de contrato que pueda ser equiparado a un contrato de transporte de mercancías, -el caso, por ejemplo, de los contratos de fletamento-. No obstante, deben considerarse como tales, los contratos de fletamento para un solo viaje u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías (Considerando 22, Reg. Roma I).

**58.** En este contexto, adquiere una especial relevancia la sentencia del TJCE de 6 de octubre de 2009 en el asunto *Intercontainer Interfrigo*, en tanto que el Reg. Roma I perpetúa el problema de interpretación que había suscitado el art. 4.4 CR en torno a su ámbito de aplicación material, y más concretamente respecto a los contratos de fletamento distintos a los expresamente mencionados por la citada disposición.

**59.** El Tribunal de Justicia se ha decantado por una interpretación amplia de tal forma que cabe considerar como contrato de transporte de mercancías a efectos del art. 4.4. CR, y también por tanto del art. 5. 1 Reg. Roma I, a todos aquellos contratos que a pesar de no recibir tal calificación en los Derechos nacionales persigan como objeto principal el transporte de mercancías. Para ello, debe analizarse la finalidad de la relación contractual y el conjunto de las obligaciones de la parte que realiza la prestación característica<sup>25</sup>.

**60.** En cualquier caso, y a pesar de que se defienda una interpretación amplia respecto al ámbito de aplicación material del art. 5.1 Reg. Roma I, los problemas de calificación no se agotan, y hacen aflorar otros. Pongamos como ejemplo que no podamos subsumir en el supuesto de hecho del art. 5. I Reg. Roma I, un determinado contrato de fletamento para viajes sucesivos. En tal supuesto, habrá que acudir al art. 4.1 Reg. Roma I. A primera vista, no cabría utilizar ninguna de las ocho categorías de contratos allí enumeradas. Salvo que, se siguiera la línea de interpretación expansiva, mantenida por el TJUE en torno a los contratos de prestación de servicios en el ámbito del Reg. 44/2001 y la hiciéramos extensible al Reg. Roma I. De no ser así, habría que recurrir para fijar la ley aplicable al contrato a la norma general establecida en el art. 4.2 Reg. Roma I. En ambos casos, la solución sería la misma: aplicar la ley del país

<sup>23</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», *op. cit.*, pp. 528-529.

<sup>24</sup> Vid. C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «La Ley aplicable al contrato de transporte internacional en el Reglamento Roma I», *CDT*, vol. 1, n° 2, 2009, pp. 160-178; P. A. NIELSEN-, «The Rome I Regulation and Contracts of Carriage», en F. FERRARI/S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 99-105; S. TONOLO, «La legge applicabile ai contratti di trasporto nel Regolamento Roma I», *RDIPP*, 2009, pp. 309-326.

<sup>25</sup> FJ 33-35.

donde tiene su residencia habitual bien el prestador del servicio, –norma especial–, bien la parte que deba de realizar la prestación característica, –norma general–. Si del conjunto de las circunstancias se desprendiera claramente que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país distinto al indicado en el art. 4. 1 o art. 4.2, se aplicaría la ley de ese otro país (art. 4.3 Reg. Roma I).

**61.** Esta solución se asemeja con creces a la alcanzada por el CR. En este último, si el contrato no podía ser subsumido en el ámbito de aplicación material del art. 4.4 CR, debía quedar regido por el art. 4.2 CR: prestación característica, y en su caso, por el art. 4.5.II CR: cláusula de excepción. Para este viaje no hacían falta tantas alforjas.

**62.** La determinación de la Ley aplicable a los contratos de transporte de mercancías se rige en primer lugar, por el Derecho elegido por las partes, de conformidad con el art. 3 Reg. Roma I. En defecto, de elección por las partes, o cuando dicha elección no sea válida, el contrato se regirá por la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando, este lugar coincide con el lugar de recepción, el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente (art. 5.1 Reg. Roma I). Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto, se aplicará la ley de ese otro país (art. 5.3 Reg. Roma I).

**63.** En caso de no concurrir los puntos de conexión establecidos en el precepto, se aplica la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes. Se viene a colmar así la importante laguna que presentaba el art. 4.4. CR.

**64.** Finalmente, resulta necesario detenerse en la función que desempeña en el ámbito del Reg. Roma I *el principio de los vínculos más estrechos*, y la incidencia que el asunto *Intercontainer Interfrigo* pueda tener sobre el mismo.

**65.** Dicho principio, cuyo papel dentro del Reg. Roma I cabría calificar «aparentemente» de modesto, juega una *doble función* como: *cláusula de cierre* (art. 4.4 Reg. Roma I) y *cláusula de excepción* (art. 4.3 Reg. Roma I)<sup>26</sup>.

**66. a) Cláusula de cierre.** El principio de los vínculos más estrechos se emplea para precisar la Ley del contrato cuando este no es uno de los ocho contratos enumerados en el art. 4.1 Reg. Roma I y, además, dicho contrato no dispone de una prestación característica (art. 4.4 Reg. Roma I). En este sentido, cabe afirmar que el principio de proximidad opera en casos residuales como una mera cláusula de cierre del sistema.

**67. b) Cláusula de excepción.** Junto a dicha función, el principio de los vínculos más estrechos opera para determinar la Ley que rige el contrato en casos excepcionales, es decir, cuando del conjunto de las circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4.1 o art. 4.2. Reg. Roma I. El tenor literal del art. 4.3. Reg. Roma I se aparta del texto del CR con el fin de señalar al intérprete que el juego de esta cláusula es excepcional.

**68.** Aunque el Reg. Roma I no prejuzga la carga de la prueba, lo más razonable sería entender que corresponde a la parte interesada aportar los elementos necesarios que prueben que el contrato presenta una vinculación manifiesta con la ley de otro país. Pero, nada se dice al respecto<sup>27</sup>. Quien si se ha pronunciado al hilo del asunto *Intercontainer Intefrigo*, ha sido el Tribunal de Justicia, si bien en relación al art. 4.5 II CR. En este sentido, el Tribunal de Justicia deja claro que incumbe al juez descartar

<sup>26</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», *op. cit.*, pp. 528-529; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, p. 13

<sup>27</sup> Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, p. 13



la aplicación de tales disposiciones. A ello, habría que añadir que el propio Reg. Roma I establece que si bien es cierto «*las normas de conflictos de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad*», no lo es menos que «*el juez debe de disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación*» (Considerando 16, Reg. Roma I).

**69.** La aplicación de la doctrina *Intercontainer* al Reg. Roma I puede hacer renacer un viejo dilema. De ser así, se hubiese recorrido un largo y tortuoso camino –la transformación del CR en Reglamento– para alcanzar un decepcionante resultado: la oculta perpetuación y triunfo del principio de proximidad en el Reg. Roma I<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> No faltan voces que defienden esta vuelta al pasado, entre ellas: F. FERRARI, «*Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties (art. 4 du règlement Rome I)*», RCDIP, 2009, pp.459-482; P. LAGARDE, «*Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*», RCDIP, 2006, pp. 331-359.