

# LA LUCHA POR LA PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA (II): LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE EDICIÓN

por

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Profesor Titular de Derecho internacional privado*

Universidad de Murcia (España)

SUMARIO: I. El contrato internacional de edición. II. Ley aplicable al contrato internacional de edición en defecto de elección de Ley por las partes. 1. ¿Existe "prestación característica" en los contratos de edición? 2. Determinación de la Ley aplicable al contrato de edición a través del art. 4.5 CR.

## I. El contrato internacional de edición.

1. El contrato de edición es una de las *stars* de la contratación internacional actual, como corrobora la doctrina que se ha ocupado del mismo<sup>1</sup>. Su protagonismo en la grandes transacciones internacionales es indudable. Dicho contrato está en el *backstage* de las grandes operaciones comerciales de distribución mundial de *films*, *best-sellers* de alta tirada, DVD de éxito seguro, etc. Por ello, visto el frecuente carácter internacional de este contrato, el régimen del mismo en Derecho internacional privado (DIPr.) ha despertado el interés de la doctrina española, que ha proporcionado estudios de gran profundidad e interés, como el completo análisis llevado a cabo por A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>2</sup> y el muy interesante trabajo de M. SABIDO RODRÍGUEZ<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> J. DUFAY, "Le droit des auteurs à l'échelle internationale", *IBLJ*, 1996-IV, pp.449-468; CH. GAVALDA / M. BOIZARD (Coord.), *Droit de l'audiovisuel (cinéma, télévision, vidéo)*, 2ª ed., París, Ed.Juridiques françaises Lamy, 1989; A. LUCAS / H.J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, París, Ed.Litec., 2000; M.de Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 2001; Y.H. NEDELEC / T. HASSLER, *Guide pratique des contrats de l'audiovisuel*, París, Litec, 1992; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois (Essai sur la nature juridique du droit d'auteur)*, Litec, París, 1990; J.A. STERLING, *Intellectual property rights in sound recordings, films and video*, Sweet and Maxwell, 1992 (con suplemento de 1994); J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Contratos en el sector audiovisual e informático", en A.-L. CALVO CARAVACA Y L. FERNANDEZ DE LA GANDARA (Dir.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1644-1742.

<sup>2</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos de edición en Derecho internacional privado español*, Comares, Granada, 2002, esp., pp. 124-139.

2. Los contratos de edición pueden ir referidos a obras impresas en papel pero también a "obras audiovisuales": edición de video, obras multimedia, etc. Los contratos de edición tienen como objetivo la *explotación comercial* de obras producto del intelecto humano.

3. Los contratos de edición suelen tener un *contenido mínimo reglado* en la Ley, y las partes no pueden disponer de ciertos derechos o prerrogativas. Ello tiene un claro objetivo: proteger a los autores de posibles "imposiciones contractuales" por parte de los editores. Así, en los Derechos que siguen el sistema de *droit d'auteur*, como España, la Ley atribuye a los autores, por el mero hecho de la creación de la obra, una serie de "derechos", *morales y patrimoniales* o *de explotación* que el contrato de edición debe respetar.

4. Los contratos de edición que se redactan en la actualidad muestran una clara *impronta norteamericana*. La mayor parte de las empresas que operan como grandes editores de obras que se difunden por todo el mundo son norteamericanas o están participadas o controladas por empresas norteamericanas. Tales empresas han impuesto formularios de contratación propios del Derecho estadounidense (= modelos contractuales del *Common Law*).

5. La Ley de Propiedad Intelectual española (LPI)<sup>4</sup> define dicho contrato en su art. 58: "*Por el contrato de edición el autor o sus derechohabientes ceden al editor, mediante compensación económica, el derecho de reproducir su obra y el de distribuirla. El editor se obliga a realizar estas operaciones por su cuenta y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley*".

6. En virtud de este contrato, el autor contrae el siguiente conjunto de obligaciones (art. 65 LPI): 1º) Entregar al editor en debida forma para su reproducción y dentro del plazo convenido, la obra objeto de la edición; 2º) Responder ante el editor de la autoría y originalidad de la obra y del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiese cedido; 3º) Corregir las pruebas de la tirada.

7. Igualmente, por el contrato de edición el editor asume un abanico de obligaciones muy amplio (art. 64 LPI): 1º) Reproducir la obra en la forma convenida, sin introducir ninguna modificación que el autor no haya consentido y haciendo constar en los ejemplares el nombre, firma o signo que lo identifique; 2º) Someter las pruebas de la tirada al autor, salvo pacto en contrario; 3º) Proceder a la distribución de la obra en el plazo y condiciones estipulados; 4º) Asegurar a la obra una explotación continua y una difusión comercial conforme a los usos habituales en el sector profesional de la edición; 5º) Satisfacer al autor la remuneración estipulada; 6º) Poner a disposición del autor un certificado en el que se determinen los datos relativos a la fabricación, distribución y existencias de ejemplares.

8. Estas obligaciones son, en general, similares en todas las legislaciones del mundo que

---

<sup>3</sup> M. SABIDO RODRÍGUEZ, "Contratos internacionales sobre propiedad industrial e intelectual", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 617-639.

<sup>4</sup> Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en BOE núm.97 de 22 abril 1996.

contemplan este contrato. Como se observa a simple vista, las obligaciones asumidas por las partes son *múltiples* y la *prestación pecuniaria* no es la *única* que asume el editor, ni tampoco la "prestación principal" o la "prestación dominante" de las varias que le corresponden.

9. La Ley reguladora de los "derechos cedidos" en virtud de los contratos internacionales de edición se determina con arreglo al criterio *Lex Loci Protectionis*: *vid.* art. 5.2 conv. Berna 1886 (Convenio de Berna de 9 septiembre 1886 para la protección de las obras literarias y artísticas<sup>5</sup>) y art. 10.4 Cc.

En concreto, a tenor del art. 5.2 conv. Berna 1886<sup>6</sup>, la Ley para cuyo ámbito territorial se solicita protección o, más claramente, como expresan A. LUCAS / H.J. LUCAS, la Ley en cuyo territorio se haya explotado y vulnerado el derecho incorporal (= *Lex Loci Protectionis*)<sup>7</sup>, regulará las siguientes cuestiones: 1º) Cuáles son los derechos de los autores, la extensión de los mismos y su contenido -"derechos de explotación", "derecho moral", etc.-; 2º) Las "condiciones de adquisición" del "derecho de autor", -requisitos exigidos para la transmisión del derecho-; 3º) Modalidades de transmisión del derecho -*vías jurídicas* posibles para transmitir el derecho: *ad ex.* por contrato, licencia legal, etc.-; 4º) Efectos que el contrato produce sobre la titularidad del derecho y su ejercicio.

Paralelamente, a tenor del art. 10.4 Cc., la Ley para cuyo ámbito territorial se solicita protección o, más directamente, la Ley en cuyo territorio se haya explotado y vulnerado el derecho incorporal (= *Lex Loci Protectionis*), regulará también la cuestión, no contemplada por el art. 5.2 conv. Berna, de saber quién o quiénes son los autores titulares de "derechos de propiedad intelectual" sobre la obra cedida en virtud del contrato de edición<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> BOE núm.221 de 9 agosto 1951. El conv. Berna fue revisado por última vez en París el 24 julio 1971. Dicha revisión fue ratificada el 2 julio 1973 (BOE núm.260 de 30 octubre 1974).

<sup>6</sup> Sobre el convenio de Berna de 1886 y el Derecho internacional privado, *vid.* H. DESBOIS, "Les conventions de Berne et de Genève (1952) relatives à la protection des oeuvres littéraires et artistiques", *Annuaire française de droit international*, 1960, pp. 41-62; H. DESBOIS / A. FRANÇON / A. KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976; A. FRANÇON, "Les conventions internationales de droit d'auteur comme facteur d'harmonisation des législations nationales", *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derrupé*, 1991, pp. 391-398; Z. RADOJKOVIC, "La protection des oeuvres littéraires et artistiques *ex jure conventionis* et l'importance du droit conventionnel", *RIDA*, 1982, núm.112, pp. 45-65; C. MASOUYE, *Guida de la Convention de Berne*, Genève OMPI, 1978; ID., "La Convention de Berne depuis Stockholm", *RIDA*, enero 1984, pp. 3-17; W. NORDEMANN, "De la détermination du pays d'origine selon la Convention de Berne", *RIDA*, julio 1984, pp. 3-14.

<sup>7</sup> A. LUCAS / H.J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, París, Ed.Litec, 2ª ed., 2000, p. 885.

<sup>8</sup> J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Conflicts of Laws in a Centenary Convention: Berne Convention 9<sup>th</sup> September 1886 for the Protection of Literary and Artistic Works", *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier European Law Publishers, München, 2004, pp. 105-120; S. MESSINA, "Le plagiat littéraire et artistique dans la doctrine, la législation comparée et la jurisprudence internationale", *RCADI*, 1935, vol.52, pp. 447-581; F. RUFFINI, "De la protection internationale des droits sur les oeuvres littéraires et artistiques", *RCADI*, 1926-II, pp. 385-574; G.H.C. BODENHAUSER, "Problèmes actuels du droit international de la propriété industrielle, littéraire et artistique", *RCADI*, 1949, vol.74, pp. 379-464; M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique. Étude de droit comparé et de droit international privé*, GLN Joly, 1995; F. POLLAUD-DULIAN, "Nota a la sentencia de la Cour d'appel de Paris, quatrième Chambre, section B, de 14.III.1991, *Almax international*", *JDI Clunet*, 1992-I, pp. 148-168; J.C. GINSBURG, "Détermination de la loi applicable à la titularité du droit d'auteur entre l'auteur de l'oeuvre d'art et le propriétaire de son support", *RCDIP*, 1994, vol.83, pp. 603-623; ID., "The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change", *RCADI*, 1998, vol.273, pp. 239-406; P. SIRINELLI / J. GINSBURG, "Auteur, création et adaptation

El criterio *Lex Loci Protectionis* trae como consecuencia que los derechos de propiedad intelectual sobre las obras del intelecto humano objeto de contratos internacionales de edición, se transmiten de modo "territorialmente segmentado". En efecto: a través de dicho contrato, se concede la explotación de tales derechos para uno o varios países. El contenido y extensión del "derecho transmitido" se fija con arreglo a la Ley del Estado para cuyo territorio se concede la explotación del derecho de propiedad intelectual. Si el contrato comprende la concesión de explotación del derecho en varios países, serán varias las Leyes aplicables.

## II. Ley aplicable al contrato internacional de edición en defecto de elección de Ley por las partes.

### 1. ¿Existe "prestación característica" en los contratos de edición?

10. Es hora de fijar la mirada en el régimen jurídico de las *obligaciones* del contrato internacional de edición. Tal régimen jurídico se fija con arreglo al Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR)<sup>9</sup>, a la espera de que dicho convenio sufra la "mutación legal" que lo transformará en un *Reglamento comunitario*. Ello es previsible, pues así ha sucedido con otros convenios internacionales vinculados al Derecho comunitario. El ejemplo clave es el convenio de Bruselas de 27 septiembre de 1968, "transformado" en el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000.

11. En los contratos internacionales de edición, las partes no suelen pactar la aplicación de una concreta Ley estatal<sup>10</sup>. Por ello, la Ley que regula el contrato no puede ser determinada con arreglo al art. 3.1 CR. En tales casos, será el art. 4 CR el precepto encargado de precisar la Ley aplicable al contrato internacional de edición. El art. 4.1 CR señala que el contrato se rige por la Ley del país con el que presente los "vínculos más estrechos". Y ahora llega el origen del debate doctrinal: el art. 4.2 CR contiene una "presunción general", válida, se dice, para todo "tipo de contrato" (= el precepto no "limita" su aplicación a "ciertos tipos de contratos", sino que se presenta con un "alcance general"). A tenor de dicha disposición, se presume que el contrato presenta los

---

en droit international privé et en droit interne français (reflexions à partir de l'affaire Huston)", *RIDA*, 1991, pp. 3-81; G. KOUMANTOS, "Le droit international privé et la Convention de Berne", *LDA*, 1988, pp. 441-460; ID., "Remarques sur l'application de l'art.14 bis de la Convention de Berne", *RIDA*, 1961, pp. 27-41; ID., "Sur le droit international privé de droit d'auteur", *Raccolta di studi in omaggio a Valerio De Sanctis*, 1977, pp. 473-496; J. DUFAY, "Le droit des auteurs à l'échelle internationale" *IBLJ*, 1996, pp. 449-468. Es también la tesis acogida por una constante y repetida jurisprudencia francesa en la materia (Sent.Cour d'appel Paris, 4<sup>ème</sup> Ch., Sec.B, de 14 marzo 1991, *Almax Int.*; Sent.Cour d'Appel Paris 9 febrero 1995, Sent. TGI París 16 mayo 1997, Sent.Cour Cassation 7 abril 1998, *Scania*). Vid. F. POLLAUD-DULIAN, "Nota a la sentencia de la Cour d'appel de Paris, quatrième Chambre, section B, de 14.III.1991, *Almax international*", *JDI Clunet*, 1992-I, pp. 148-168; B. EDELMAN, "Nota a la sentencia del Tribunal de grande instance de Paris, de 24.VI.1988, *Huston*", *JDI Clunet*, 1988-IV, pp. 1010-1026; Sentencia del Tribunal de grande instance de Paris (1 chambre, 1 section) de 23.XI.1988 y nota de P.Y. GAUTIER, *RCDIP*, 1989, pp. 377-384; Sentencia Cour de Cassation (1re Ch. civ.) de 7 abril 1998, caso *Scania*, y nota de J.-S. BERGÉ, *RCDIP*, 1999, pp. 76-88.

<sup>9</sup> "Texto consolidado" en DOCE C 27 de 26 enero 1998.

<sup>10</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos en el sector audiovisual e informático", en A.-L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (DIR.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1644-1742.

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<sup>11</sup>.

**12.** Pues bien: la "lucha por la prestación característica" se ha desatado con fuerza y pasión a la hora de determinar qué contratante es el "prestador característico" en los contratos internacionales de edición. Es más: la mayoría de los autores se obstinan en de buscar, con la energía de la desesperación, una "prestación característica" en relación con el contrato internacional de edición. Éstas son las posiciones doctrinales más destacables.

**13. Primera tesis: el cedente es el prestador característico.** Algunos autores estiman que la prestación característica es la que debe realizar el "autor" o "derechohabiente", en suma, el "cedente de los derechos incorporales" (V. HEUZÉ, F. DESSEMONTET<sup>12</sup>). El art. 122.1 LDIPr. Suiza 1987 también sigue esta tesis. Tesis primera que se edifica sobre los siguientes argumentos: a) Estos contratos se caracterizan por la "actividad creativa del autor", que invierte esfuerzo intelectual y económico en elaborar la obra objeto de edición; b) La creación intelectual es el "centro de gravedad material del contrato", porque sin tal creación, no hay contrato de edición. Resultado: a) Se logra la aplicación de *una única Ley* al contrato de edición, aunque sean varios los países donde debe explotarse el derecho intelectual; b) Se potencia la actividad del autor, al someter a la misma Ley, que además es la Ley del país de su residencia habitual, todos los contratos de edición que dicho autor concluye.

**14. Segunda tesis: el editor es el prestador característico.** Otros autores, la mayoría, opinan que la prestación característica es la que debe realizar el "editor" (M. JOSSELIN-GALL, J. RAYNARD, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ)<sup>13</sup>. Se basan en dos "argumentos fuertes": a) El "éxito de la operación

---

<sup>11</sup> 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; I.DE WINTER, "Considerazioni sulla legge della prestazione caratteristica", *Diritto Internazionale*, 1971 (I), pp. 227 ss.; 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.; G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse", *ASDI*, 1989, pp. 195 ss.; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989; P.M. PATOCCHI, "Characteristic performance, A new myth in the conflict of Law?", *Festschrift P.Lalive*, 1993, pp. 113-139; U. VILLANI, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *RDIPP*, 1993, pp. 513-540; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 290; A. GIARDINA, "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.; L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, Studia Albornotiana, 1994.

<sup>12</sup> V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, 1990, núm. 705; F. DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, Lausanne, 1999, pp. 661-673.

<sup>13</sup> M. JOSSELIN-GALL, *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique. Étude de droit comparé et de droit international privé*, París, 1995, pp. 8-11; J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois (Essai sur la nature juridique du droit d'auteur)*, Litec, París, 1990, pp. 577-580; A. HERNANDEZ RODRIGUEZ, *Los contratos de edición en*

económica" depende de las obligaciones que asume el editor, de modo que es "el editor quien asume todo el riesgo invirtiendo los fondos necesarios para reproducir y distribuir la obra al público", por lo que "la prestación del editor es más compleja y onerosa que aquella asumida por el cedente", en palabras de A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>14</sup>; b) Como el contrato de edición es *uno más* de los contratos de explotación de derechos incorporales, debe buscarse una "prestación" concreta que lo diferencie de los "demás" contratos de explotación de derechos incorporales.

**15.** ¿Cuál de las dos anteriores tesis es la correcta? Para resolver el dilema, resulta necesario recordar varios datos.

**16. Primero.** Es sabido que la noción de "prestación característica" no se define en el art. 4 CR. Pero el Informe oficial GIULIANO / LAGARDE, adjunto al Convenio de Roma de 1980, sí la define. Aquí están sus palabras, claras como el cristal: "*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>15</sup>. Es decir: la prestación característica es aquella prestación que se realiza "en correspondencia por el pago"<sup>16</sup>. Es "la *prestación no dineraria*" que se realiza precisamente, para corresponder el pago que lleva a cabo el "prestador no característico", que es el pagador.

**17. Segundo.** Para determinar la *prestación característica* de un contrato debe llevarse a cabo un análisis de la categoría o *tipo de contrato* en cuestión (= estudio de su "esquema de equilibrio de obligaciones y prestaciones"). Hay que analizar las prestaciones que se derivan de un préstamo, *leasing*, *factoring*, compraventa, agencia, contrato de edición, etc. Para nada interesan las *circunstancias fácticas* del contrato, -país de negociación del contrato, país de ejecución de las obligaciones, residencia o nacionalidad de las partes en el contrato, etc.-, como recuerda U. VILLANI<sup>17</sup> y ya expresaba el Informe GIULIANO / LAGARDE<sup>18</sup>. Existen contratos en cuyo esquema de obligaciones es sencillo detectar "cuál es" la "prestación característica". De este modo, 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 médico y paciente, etc. Son contratos

---

*Derecho internacional privado español*, Comares, Granada, 2002, pp. 131-132.

<sup>14</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos de edición en Derecho internacional privado español*, Comares, Granada, 2002, pp. 131-132.

<sup>15</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19.

<sup>16</sup> A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 292; P. LAGARDE, "Examen de l'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *TCFDIP*, 1971-1973, pp. 147-201, esp. p. 155.

<sup>17</sup> U. VILLANI, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 518-519.

<sup>18</sup> M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19.

"apropiados" para una determinación de la Ley aplicable a través de la teoría de la prestación característica.

**18. Tercero.** La teoría de la "prestación característica" sólo es practicable en relación con contratos en los que una parte resulta obligada a un "pago del precio" (= obligación pecuniaria), y la otra parte debe entregar una cosa, realizar una conducta de hacer o de no hacer. En cualquier otro caso, es decir, en los supuestos en los que el "esquema de intercambio" no es el aludido, intentar encontrar una prestación característica es buscar la piedra filosofal: es algo que se puede hacer, pero no se va a encontrar. Ni la prestación característica ni la piedra filosofal. Esta afirmación, sencilla, ha sido puesta de relieve por diversos autores con un énfasis notable y con un acierto total. Así lo hace, muy agudamente, A. KASSIS<sup>19</sup>, y en la doctrina española, L.F. CARRILLO POZO en su muy brillante estudio de la teoría de la prestación característica<sup>20</sup>. Por tanto, "detectar" una prestación característica en los contratos que no responden al *Pecuniary Principle* es un *grave error* del que derivan consecuencias funestas: se complica hasta el infinito la determinación de la Ley aplicable, pues existen argumentos tanto a favor como en contra de cualquiera de las prestaciones, y por ello, la presunción recogida en el art. 4.2 CR ya no sirve a los "objetivos conflictuales", porque tal presunción no hace más sencilla la precisión de la Ley aplicable.

**19. Cuarto.** Visto que cada vez son menos los contratos internacionales que reflejan el esquema de *intercambio simple* de "cosas o actividades" por "dinero", tienen razón los autores que, ya hace muchos años, afirmaron que la teoría de la *prestación característica* no se adapta correctamente a la realidad del comercio internacional propio de un capitalismo globalizado, está "en pleno proceso de erosión" (L.F. CARRILLO POZO, P. KAYE, G. KAUFMANN-KOHLER<sup>21</sup>) y es un "arcaísmo" (A. KASSIS<sup>22</sup>).

**20.** Proyectando lo anterior al contrato internacional de edición se descubre lo siguiente.

**21. 1º)** En los contratos de edición, como destaca M. MAGAGNI, las prestaciones no responden al esquema simple del *Pecuniary Principle*: no hay un "intercambio simple" de cosa o actividad por dinero<sup>23</sup>. Además, es un contrato con "prestaciones de geometría variable": las

---

<sup>19</sup> A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 295.

<sup>20</sup> L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, Studia Albornotiana, 1994, p. 71: "prestación característica será pues sólo la prestación no monetaria (...): en ningún caso se podría, mediante una conceptualización que tratara de evidenciar que se alude a una realidad distinta de la prestación típica, buscar la prestación que en el caso concreto reviste el mayor interés en la economía del contrato".

<sup>21</sup> L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional: la prestación característica*, Bolonia, Studia Albornotiana, 1994, p. 115; P. KAYE, *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993, pp. 191-192 y 453; G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse", *ASDI*, 1989, pp. 195 ss., esp. p. 217.

<sup>22</sup> A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 302 nota [32].

<sup>23</sup> M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 333; en sentido contrario en p. 334.

prestaciones y obligaciones que asume cada contratante pueden variar *de contrato a contrato*. Así, debido a la crisis del mundo editorial en el sector de las obras especializadas publicadas en forma de libro, cada vez es más frecuente que el autor co-financie la edición o, incluso, que la pague enteramente de su bolsillo, y que el editor pague muy poca cantidad de dinero, o incluso nada al autor. Por ello, en los contratos de edición no se puede detectar una "prestación característica". Así de sencillo.

**22.** 2º) Los argumentos empleados por los defensores de considerar que la prestación característica es la que debe realizar el *cedente*, -generalmente, el autor-, no tienen fundamento. No se puede demostrar que corresponda al autor la "prestación más complicada, onerosa o compleja". Y aunque así lo fuera, ese dato no implica que la prestación característica corresponda al cedente, porque se trata de encontrar la prestación característica, no la prestación "más compleja" ni el "centro de gravedad del contrato".

**23.** 3º) Los argumentos empleados por los defensores de considerar que la prestación característica es la que debe realizar el *editor* no tienen fundamento. Y ello por varias razones.

**24. Primero.** Afirmar, como hace cierta doctrina (A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>24</sup>), que es el editor el sujeto que realiza las "inversiones más costosas", y el que asume los "mayores riesgos" de la operación, es simplemente falso, erróneo y equivocado, y refleja un escaso conocimiento del entramado obligacional de los contratos de edición y de la realidad económica internacional. En efecto: no es cierto que sea el editor el que realice las inversiones más costosas, ni el que sea el sujeto que asume los mayores riesgos de la operación. En efecto: también el autor arriesga, y no poco, ya que dicho sujeto puede invertir un largo período en elaborar la obra, documentarse, corregir errores, contratar colaboradores externos para revisar aspectos técnicos o históricos de la obra, etc. Además, también el autor invierte dinero para elaborar su obra intelectual. De hecho, los partidarios de considerar que el autor es el prestador característico entienden, precisamente, eso: que es *el autor* el sujeto que más arriesga, que más invierte. Conclusión: éste es un debate estéril, pues *ambos contratantes* invierten y arriesgan, y tratar de identificar "quién arriesga más" es una tarea tan apasionante como inútil.

**25. Segundo.** Afirmar, como hace cierta doctrina (A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>25</sup>), que la prestación del editor es "más compleja y onerosa" que la prestación que corresponde al cedente de los derechos incorporales, es simplemente, falso, erróneo y equivocado: es una afirmación que demuestra que no se ha comprendido el funcionamiento del art. 4.2 CR ni la dinámica de la "teoría de la prestación característica".

En primer lugar, porque los partidarios de considerar al autor como prestador característico estiman, exactamente, lo contrario, esto es, que corresponde al autor la prestación "más compleja y onerosa", y tienen sus razones para ello. Y a ver quién les convence de su presunto error.

En segundo lugar, porque no se dice qué criterios se utilizan para considerar una prestación

---

<sup>24</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos de edición en Derecho internacional privado español*, Comares, Granada, 2002, p. 132.

<sup>25</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos de edición en Derecho internacional privado español*, Comares, Granada, 2002, p. 132.

como la "más compleja y onerosa", con lo cual la afirmación resulta *dogmática* (= afirmación sin prueba a su favor).

En tercer lugar, porque determinar una prestación como la "más compleja" o la "más onerosa" no sirve para nada desde una perspectiva conflictual: demuestra que los autores que defienden esta posición no entienden que se trata de identificar la "prestación característica", y que la prestación característica no es, en el contexto de contratos que no responden a un intercambio simple de cosa o servicio por dinero, la prestación "más compleja" o la prestación "más onerosa". La prestación característica es, simplemente, la "prestación no dineraria", aquélla por la que se debe el pago. Pero cuando el contrato no refleja un intercambio simple de cosa o servicio por dinero, entrar en polémicas sobre qué prestación es "más compleja" o más onerosa", es, sencillamente, un error básico de enorme envergadura que demuestra que no se comprende la "estructura conflictual" del Convenio de Roma. En el contexto de dicho convenio, precisar cuál es la prestación "más compleja" o "más onerosa" no tiene "relevancia conflictual".

En cuarto lugar, porque la alusión al dato de que el "elemento esencial" del contrato es la "obligación de reproducción y distribución asumida por el editor"<sup>26</sup>, es una *alusión metafísica*. Y como es *metafísica*, pues no se puede probar: es un argumento indemostrable, y por tanto, basado exclusivamente en la presunta autoridad de quien lo sostiene, y no en la razón. ¿Qué es la "esencia"? Nadie lo sabe. ¿Cuál es la esencia de un contrato de edición? Mil respuestas surgen. ¿Qué se entiende por "éxito económico de la operación"? Pues depende: el autor opinará una cosa, y el editor, eso es seguro, opinará la contraria. Son, en definitiva, preguntas que no tienen sentido, o preguntas con posibles múltiples respuestas, cuestiones que no sirven para nada, puros "juegos de palabras" o "maquillajes verbales" que encubren *afirmaciones dogmáticas* que, por supuesto, deben ser rechazadas, dado que no son fruto de un "procedimiento razonado".

**26. Tercero.** Intentar descubrir una prestación característica en el contrato de edición para diferenciar dicho contrato de los demás "contratos de explotación de los derechos de autor" es una empresa inútil: el concepto de prestación característica, como se ha recordado, no puede operar en relación con el contrato de edición. Además, por ejemplo, no sirve para diferenciar contratos como la licencia de explotación y el contrato de edición, que, siendo contratos claramente diferentes, presentan una prestación muy similar a cargo del licenciataria y del editor.

**27.** El resultado de intentar aplicar, a toda costa, el art. 4.2 CR y la teoría de la prestación característica, -que es lo que llevan a cabo los sujetos que afirman que dicha prestación corresponde al "cedente" o al "editor"-, es, otra vez, una auténtica "lucha por la prestación característica" que no tiene fin, ni tiene sentido, ni proporciona soluciones válidas, ni en definitiva, sirve para nada, como denunciara hace ya muchos años, H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA<sup>27</sup>. En efecto: partidarios de considerar que la prestación característica del contrato de edición es la prestación que debe proporcionar el cedente se enzarzan en un combate sin cuartel con los partidarios de considerar que la prestación característica de dicho contrato es la que debe realizar el editor. Pero si se observa con atención, se percibe que todos alegan "razones" que, a su juicio, son *determinantes*, pero que, desde

---

<sup>26</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos de edición en Derecho internacional privado español*, Comares, Granada, 2002, p. 138.

<sup>27</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention", *AJCL*, 1977, vol.25, pp. 303-331.

la perspectiva conflictual, son *irrelevantes*. Tales presuntas "razones", son, además, una pura *entelequia formal*, un *juego verbal*, una *elucidación metafísica*: ¿cuál es el "centro de gravedad" del contrato de edición? ¿Cuál es la "esencia" del contrato de edición? ¿Cuál es la "prestación más onerosa y compleja" en el contrato de edición? ¿Cuál es el "objetivo económico del contrato de edición"? Misterios sin resolver. Pero es que, además, estos *conceptos metafísicos* son también *metajurídicos*: ni el Convenio de Roma los utiliza, ni tienen el más mínimo "peso" a la hora de precisar la Ley aplicable al contrato internacional en defecto de elección, ni sirven para nada en el razonamiento conflictual.

## 2. Determinación de la Ley aplicable al contrato de edición a través del art. 4.5 CR.

28. Por todo lo anterior, la Ley aplicable al contrato internacional de edición no puede precisarse a través del art. 4.2 CR, como ha sido destacado, acertadamente, por M. SABIDO RODRÍGUEZ<sup>28</sup>. Por tanto, y siguiendo las previsiones del propio Convenio de Roma, debe utilizarse el art. 4.5 CR como "cláusula de cierre" para determinar la Ley aplicable a este contrato. Habrá que proceder a una "determinación casuística" de la Ley que rige el contrato de edición. El contrato de edición debe regirse por la Ley del país con el que presenta los *vínculos más estrechos*. Ello debe concretarse "contrato por contrato" y no se puede enunciar una regla válida para "todos los contratos de edición" *en general*, como hace erróneamente cierta doctrina (A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>29</sup>), ya que la solución depende de las circunstancias de *cada caso en concreto* (= los datos del "caso" son relevantes). Enunciar una "regla general" en el marco del art. 4.5 CR significa no haber comprendido nada sobre la determinación casuística de la Ley del contrato.

29. El principio de *vinculación más estrecha* no significa que la determinación de la Ley aplicable al contrato internacional de edición sea un ejercicio de *arbitrariedad judicial*. Ello está prohibido por la Constitución española y no encaja con los ejes básicos del Derecho de contratos: el Derecho contractual requiere "cauces" que sirvan para precisar con claridad la Ley aplicable al contrato, lejos de toda arbitrariedad.

30. El *principio de proximidad* significa que el contrato internacional de edición debe quedar sujeto a la Ley cuya aplicación al contrato sea más *fácilmente previsible* por los contratantes. En otras palabras, *principio de proximidad* equivale a *principio de previsibilidad* de la Ley aplicable<sup>30</sup>. Para determinar una Ley estatal de "previsible aplicación" al caso concreto, el intérprete debe tener presentes los "contactos" del concreto contrato con distintos países (= *Balancing Test* o *Counting and Weighing Contacts*). Es un razonamiento "caso por caso" y "contrato por contrato".

---

<sup>28</sup> M. SABIDO RODRÍGUEZ, "Contratos internacionales sobre propiedad industrial e intelectual", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 617-639.

<sup>29</sup> A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos de edición en Derecho internacional privado español*, Comares, Granada, 2002, pp. 137: "de ahí que, en tales supuestos, sea preferible aplicar una misma Ley: aquella [sic] del país donde tenga su residencia habitual o su establecimiento principal el editor".

<sup>30</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*", en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Ed.Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119.

Todos los elementos de la situación contractual no tiene el mismo "relieve conflictual": cuentan más aquéllos que permiten prever a las partes fácilmente cuál es el Derecho aplicable al contrato. Así las cosas, cabe distinguir dos supuestos.

**31. Primero.** Cuando un sujeto parte en el contrato internacional de edición es un *profesional* de la contratación internacional y el otro no es un profesional del comercio internacional, este segundo contratante es "cliente" del primero. Por ello, la vinculación con el país de la sede del *contratante profesional* es un elemento muy importante. En los contratos internacionales de edición entre "profesional" y "cliente", ambos contratantes esperan ver aplicada la Ley del país de la sede del *contratante profesional*. Sin embargo, este caso será muy infrecuente, porque, en la inmensa mayoría de los contratos internacionales de edición, tanto el cedente como el editor operan como "profesionales" del comercio internacional. Los editores son grandes imperios editoriales, y los autores, sujetos dedicados profesionalmente a producir obras intelectuales. La regla apuntada, aunque correcta, no resulta muy operativa.

**32. Segundo.** Más útil es la precisión del *contexto económico* del contrato, lo que se puede concretar a través del criterio de la *International Stream-Of-Commerce Doctrine*. Cuando el contrato internacional de edición se celebra previa "oferta de contrato" dirigida a un sujeto, ambas partes esperan ver aplicada la Ley del Estado en el que tal sujeto receptor de la "oferta de contrato" tiene su sede o residencia habitual. El contratante que se "sumerge" en un mercado extranjero *internacionaliza* el contrato: actúa *hacia un mercado* que espera conquistar (= "mercado de conquista"). El sujeto, cedente o editor, crea una "corriente de comercio internacional" (= *International Stream-of-Commerce*) hacia dicho país. Si un editor con establecimiento comercial en Francia que desea distribuir en toda Europa una obra literaria, realiza una oferta de contrato de edición a un afamado autor español residente en España, ambos sujetos, incluyendo al editor, esperan ver aplicado el Derecho español. El editor asume tal riesgo cuando opera "hacia un mercado extranjero" (= oferta "dirigida hacia España"). En el ejemplo sugerido, España es el más vinculado con el contrato internacional: la Ley de dicho país es la que los contratantes esperan ver aplicada.

**33. Tercero.** Es cierto que pueden existir casos, extraños, en los que no se detecta una previa "oferta de contrato" en relación con un contrato internacional de edición (= contratos, por ejemplo, celebrados en el contexto de ferias o certámenes literarios o cinematográficos internacionales, sin que exista una previa oferta contractual cerrada elaborada por un sujeto y dirigida a otro sujeto). Tales casos deben ser resueltos teniendo presentes otros elementos del "caso concreto" (= lugar de ejecución del contrato de edición, lugar de celebración del contrato, etc.). Cuando el contrato de edición se concluye para que la obra protegida sea distribuida *en un solo país*, y no existe una previa *Stream-Of-Commerce*, la Ley de dicho país es la que los contratantes esperan ver aplicada. Dicha Ley rige el contrato *ex art. 4.5 CR*. Cuando las partes concluyen un contrato de edición para distribuir la obra en *múltiples países*, y no existe una previa *Stream-Of-Commerce*, el elemento "lugar de celebración del contrato" parece el más indicado para fijar la Ley aplicable, pues puede afirmarse, que, salvo prueba en contrario, los contratantes esperan ver aplicada la Ley del Estado donde se celebró el contrato. Como se ha avanzado, siempre puede demostrarse que los contratantes "tenían en mente" la Ley de otro país determinada con arreglo a otros criterios: lugar de negociación del contrato, conexión entre varios contratos anteriores o simultáneos, tribunal elegido por las partes, moneda de pago, nacionalidad de las partes, y demás elementos del caso concreto.

Murcia, September, 13<sup>th</sup>, 2004  
*Five Years Since We Left The Earth's Orbit*

\* \* \* \*