

LA LUCHA POR LA PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA (I): LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE DISTRIBUCIÓN

por

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia (España)

SUMARIO: I. La comunitarización del convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. II. Ley aplicable al contrato en defecto de elección: antecedentes históricos. III. Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y presunción de la prestación característica. 1. La presunción general: art. 4.2 CR. 2. ¿Cuál es la prestación característica del contrato internacional?. 3. Los contratos internacionales de distribución y el art. 4.2 CR.

I. La comunitarización del convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

1. El Derecho internacional privado (DIPr.) de los Estados comunitarios se está transformando en un sector del ordenamiento jurídico cuyas normas son gestadas, fundamentalmente, por las instituciones comunitarias mediante "Reglamentos comunitarios". Ello es resultado del conocido proceso de "comunitarización del Derecho internacional privado", analizado con profundidad por numerosa doctrina¹. Pues bien, en dicho contexto "post-Tratado de

¹ Vid. "Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil" (DOCE C12 de 15 enero 2001). Sobre la comunitarización del DIPr. vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam", *REDI*, vol.LI, 1999, pp. 383 ss.; S. BARIATTI, "Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario", *RDIPP*, 2003, pp. 671-706; J. BASEDOW, "The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam", *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; ID., "European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam", en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 175-192; K. BOELE-WOELKI, "Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe", *Liber Amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, pp. 61-77; TH.M. DE BOER, "Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century", *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 193-214; A. BORRÁS, "La incidencia de la comunitarización del DIPr. en la elaboración de convenios internacionales", *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 45-77; S. BRUNIER, *Der Einfluss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; A.-L. CALVO CARAVACA, "El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea", *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, núm.2, diciembre 2003, pp. 277-300; P. DE MIGUEL ASENSIO, "El Tratado de Amsterdam y el DIPr.", *La Ley UE*, 30 marzo 1998, pp. 1-3; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "El espacio de libertad, seguridad y Justicia consolidado por la Constitución Europea", *La Ley*, núm. 6097, 30 septiembre 2004; H. GAUDEMET-TALLON, "Quel Droit International Privé pour l'Union Européenne?", *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 319-338; ID., "De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne?", *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 159-185; M. HELMBERG, "Der Einfluß des EG-Rechts auf das IPR", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 1997, 3, pp. 89-96, 1997, 4, pp. 137-147; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "The EU and a metamorphosis of Private International Law", *Reform and Development of Private International Law. Essays in honour of Sir P. North*, Oxford UP, 2002, pp. 111-136; S. KNÖFEL, "EC Legislation on Conflict of Laws: Interactions and incompatibilities between Conflict Rules", *ICLQ*, 1998, pp. 439-445; CH. KOHLER, "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *RCDIP*, 1999, pp. 1-30; P. LAGARDE,

Amsterdam", el aludido proceso de "comunitarización del Derecho internacional privado" está cerca de alcanzar también al Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR) (*vid.* su "texto consolidado" en DOCE C 27 de 26 enero 1998). De este modo, está previsto que, en un período de tiempo no excesivamente dilatado, el citado Convenio de Roma "se transforme" en un Reglamento comunitario, en un ejercicio de "metamorfosis jurídica" que ha afectado ya a otros convenios internacionales, y señaladamente, al Convenio de Bruselas de 27 septiembre de 1968, "transformado" ya en el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000². Estas líneas se escriben en este "período de transición" entre "Convenio internacional" y "Reglamento comunitario" que afecta al Convenio de Roma de 19 junio 1980.

II. Ley aplicable al contrato en defecto de elección: antecedentes históricos.

2. La fijación de la "Ley estatal" que debe regir el contrato internacional y las obligaciones que nacen del mismo es una cuestión de extrema importancia en el ámbito del DIPr. Pero ha sido siempre una cuestión muy compleja y discutida³. Y ello por varios motivos: a) Los contratos

"Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *RabelsZ*, 2004-2, pp. 225-243; S. LEIBLE / A. STAUDINGER, "El art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?", *AEDIP*, vol.I, 2001, pp. 89-115; PH.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen de Rome a Nice*, Bruxelles, Lacier, 2003; E. PÉREZ VERA, "El DIPr. y la UE", *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Un.Cantabria, Madrid, 2003, pp. 173-188; F. POCAR, "La comunitarizzazione del DIPr: una *European conflict of laws revolution*", *RDIPP*, 2000, pp. 873-884; M. ROHE, "Binnenmarkt oder Interessenverband? Zum Verhältnis von Binnenmarkziel und Subsidiaritätsprinzip nach dem Maastricht-Vertrag", *RabelsZ*, 1997, pp. 1-85; L.S. ROSSI, "L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla 'comunitarizzazione' alla 'costituzionalizzazione'", *RDIPP*, pp. 63-84; K. SIEHR, "European Private International Law and Non-European Countries", *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 289-300; R. WAGNER, "EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen?", *RabelsZ*, 2004, pp. 119-153; K. WANNEMACHER, *Die Aussenkompetenzen der EG im Bereich des Internationalen Zivilverfahrensrechts: des räumliche Anwendungsbereich des Art. 65 EGV am Beispiel der EuGVO und der EheVO*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; M. WILDERSPIN / A.-M. ROUCHAUD-JOËT, "La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé", *RCDIP*, 2004, pp. 1-48.

² J.P. BERAUDO, "Le Règlement CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *JDI Clunet*, 2001, pp. 1033-1084; P. BERTOLI, "La disciplina della giurisdizione civile nel Regolamento comunitario 44/2001", *RDIPP*, 2002, pp. 625-658; G.A.L. DROZ / H. GAUDEMET-TALLON, "La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *RCDIP*, 2001, pp. 601-652; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n.44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 3^a ed., París, 2002; R. GEIMER / R.A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zum EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht der Mitgliedstaaten*, 2^a ed., München, Beck, 2003; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zum EuGVO und Lugano-Übereinkommen*, 7^a ed., Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2002; A. MOURRE, "La communitarisation de la coopération judiciaire en matière civile", *RDAI*, 2001-6, pp. 700-792; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, "El reconocimiento en el sistema 'Bruselas I': del convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento 44/2001", *REDI*, 2003, pp. 717-744; TH. RAUSCHER (HRG), *Europäisches Zivilprozessrecht*, München, Sellier, 2004; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento CE N.44/2001*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2003.

³ 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,

generan obligaciones. Las obligaciones son "creaciones jurídicas" y, por tanto, no presentan una sede física (F. VISCHER)⁴. Es imposible, por tanto, indicar la Ley aplicable refiriéndose al "país de la situación" de la cosa física objeto de la relación jurídica; b) Los contratos pueden ser internacionales por causas muy diferentes: sede de los contratantes en diversos países, objeto del contrato sito en país extranjero, lugar de celebración localizado en país extranjero, repercusiones internacionales del contrato, etc. Detenerse en el elemento internacional o en el elemento extranjero del contrato en cuestión no es tampoco una buena solución para fijar la Ley reguladora del contrato; c) Los intereses implicados en la contratación internacional, tanto públicos como privados, son de gran complejidad, y requieren una solución ajustada, un equilibrio difícil.

3. La apasionante historia del DIPr. demuestra que, a lo largo de los siglos, se han retenido puntos de conexión diferentes para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección por los contratantes⁵. Se defendió la solución *Lex Loci Celebrationis* (= los contratos "internacionales" se rigen por la Ley del país donde se han celebrado). Posteriormente, numerosos autores se inclinaron por la regla *Lex Loci Executionis* (= el contrato se rige por la Ley del país de ejecución del mismo), regla defendida por el gran teórico prusiano F.K. VON SAVIGNY.

4. Pero el hecho era que a finales del siglo XIX y principios del siglo XX existía un *overbooking* de teorías sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección de Ley por los contratantes. En Europa se podía percibir la existencia de dos grandes corrientes.

5. *Primera corriente*. Se trata de adoptar puntos de conexión flexibles. Se estima que el contrato debe regirse por la Ley del país con el que presenta los "vínculos más estrechos". No hay un catálogo prefijado de "contactos": el juez decide, *in casu*, cuál es el país más vinculado con el contrato, valorando todos los elementos del mismo y sus diferentes contactos con distintos países⁶. La teoría se desarrolla en los países anglosajones. Así, en Inglaterra, se abandona lentamente el criterio *Lex Loci Celebrationis* y se opta por la tesis de la *Proper Law of the Contract*: cada contrato tiene una Ley reguladora. Se prefiere la Ley elegida, y en defecto de ésta, se aplica la Ley del país que, con arreglo a las circunstancias del caso, aparece como el más vinculado. Para ello se recurre al criterio del "hombre razonable": se aplicará el Derecho que una persona razonable hubiera debido tener presente si se hubiera planteado la cuestión de la Ley aplicable al contrato en el momento de su celebración⁷. Dicha Ley suele ser la Ley del país de ejecución del contrato

Madrid, 2003, pp. 87-119.

⁴ F. VISCHER, "The Antagonism between Legal Security and the Search of Justice in the Field of Contracts", *RCADI*, 1974, vol.142 pp. 1-70.

⁵ 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.

⁶ M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 17-18.

⁷ M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 18.

cuando dicho lugar es único: caso *The Assunzione* (1954)⁸. En Derecho escocés y en Derecho irlandés, las soluciones son similares a las del Derecho inglés. En Francia, el sistema es parecido: en defecto de elección de Ley, se aplica la Ley del país con el que el contrato presenta una relación más estrecha, utilizando diversos índices para averiguar los contactos del contrato con los diferentes países. En Alemania, prevalece la elección de las partes; si éstas nada han dispuesto, se deberá investigar la *hypothetischer Parteiwille*, la voluntad hipotética de las partes, "teniendo en cuenta los intereses generales presentes en cada caso concreto"⁹. En la hipótesis de que no pueda identificarse una *hypothetischer Parteiwille*, la Ley que regula el contrato es la Ley del país de ejecución de cada una de las obligaciones que nacen del contrato.

6. *Segunda corriente*. Se prefieren puntos de conexión *rígidos*. El juez debe limitarse a comprobar si concurren determinadas circunstancias y a aplicar el Derecho designado por un punto de conexión determinado, sin valorar libremente los contactos del contrato con los distintos países. Así, en Italia, se optaba por la Ley elegida por las partes; en su defecto, por la Ley nacional común de los contratantes, y a falta de esta Ley, se aplica la Ley del país donde se haya celebrado el contrato (art. 25 Código Civil de 1942). En Suiza se prefirió la teoría de las *coupures*, -descendiente de la famosa "tesis escisionista" de BARTHOLO DE SASSOFERRATO-, pero que sería abandonada a mitades del siglo XX, para acoger la célebre *teoría de la prestación característica*: el contrato se rige por la Ley del país de la sede del prestador característico del contrato. En España, desde 1974, el art. 10.5 Cc. privilegió la elección de Ley; en defecto de ésta, se aplica el punto de conexión "nacionalidad común de los contratantes", a falta de la misma, se recurre a la Ley de la residencia habitual común de los contratantes, y, en último término, si no hay residencia habitual común, se aplica la Ley del país de celebración del contrato (art. 10.5 Cc.). España se adscribe, pues, a la corriente europea de los "puntos de conexión rígidios" en materia contractual.

7. Como se aprecia, los países europeos aceptaban como criterio primero para fijar la Ley reguladora de los contratos internacionales, la *autonomía de la voluntad conflictual*. Pero se apreciaban fuertes divergencias a la hora de determinar la Ley que debía regir el contrato en defecto de elección de Ley por los contratantes. Dos corrientes contrapuestas se enfrentaban.

III. Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y presunción de la prestación característica.

1. La presunción general: art. 4.2 CR.

8. A falta de elección de Ley por los contratantes, -por falta de acuerdo entre los mismos, imprevisión de las partes, intentos de evitar toda Ley estatal-, o cuando esta elección no sea válida, -porque no se ajusta a lo previsto en el Convenio de Roma-, la Ley reguladora del contrato internacional se fija mediante el art. 4 CR. Dicho precepto indica que el contrato se rige por la Ley

⁸ J.D. MC.CLEAN: *Morris: The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 4ª ed., London, 1994, pp. 254-255; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 191.

⁹ M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, pp. 17-18.

del país con el que presente los "vínculos más estrechos". El art. 4.2 CR contiene una "presunción general", válida, en general, para todo tipo de contrato: se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde, en el momento de celebración del contrato, tiene su *residencia habitual* la parte del contrato que debe proporcionar la "prestación característica" del contrato. Si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, se tendrá en cuenta el país de su administración central. Si el contrato se celebra en el ejercicio de la actividad profesional del prestador característico, se tendrá en cuenta el país de situación de su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, se tendrá en cuenta el país en que esté situado este otro establecimiento.

9. La *teoría de la prestación característica* y el concepto de ésta fue tomado por el Convenio de Roma del *Derecho internacional privado suizo* (F. VISCHER, A.F. SCHNITZER, I. DE WINTER)¹⁰. Las raíces de esta teoría se hallan en una Resolución del Instituto de Derecho internacional adoptada en su sesión celebrada en Florencia en 1908, sobre los trabajos de ROLIN y VON BAR: deben distinguirse diferentes "tipos de contratos", de modo que el contrato debe regularse por la Ley del país de la residencia habitual o sede del *contratante profesional* o *prestador característico*¹¹. También el BARÓN DE NOLDE presentó, en 1925, un informe al *Institut de Droit International* en el que abogaba por la aplicación de la Ley del lugar donde se debía ejecutar la obligación principal o característica¹². En efecto, en sus inicios, esta teoría defendía la aplicación de la Ley del *país de ejecución* de la prestación característica. Posteriormente, la doctrina y jurisprudencia suizas prefirieron la aplicación de la Ley del país de la *sede* del prestador característico, como explica E. VITTA¹³.

¹⁰ 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.

¹¹ F. VISCHER, "The concept of the Characteristic Performance Reviewed", *E pluribus Unum / Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law Int., The Hague, 1996, pp. 499-520, esp. p. 500; U. VILLANI, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 516-517; *Annuarie IDI*, 1908, vol.22, p. 289.

¹² *Annuarie de Institut de Droit International*, vol. 32, 1925, p. 103 ss.; U. VILLANI, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 516-517.

¹³ E. VITTA, "Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali", *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp. 261-278, esp p. 263; M. GIULIANO, "Expertise de droit international privé. Partie A. La loi applicable aux obligations contractuelles et extracontractuelles", julio 1970, *Comisión de las Comunidades Europeas, Direction générale du*

10. Fue, sin embargo, A.F. SCHNITZER, el autor que diseñó plenamente la "teoría de la prestación característica" como método para determinar la Ley aplicable al contrato internacional: el contrato está anclado intrínsecamente en el país donde desarrolla su *función económica y social* y dicho país es el correspondiente a la sede del prestador característico¹⁴. La explicación de A.F. SCHNITZER y de la jurisprudencia suiza fue tomada literalmente por el Informe GIULIANO/LAGARDE anejo al Convenio de Roma de 1980 para justificar la presunción de la prestación característica: el contrato se rige, a falta de elección de Ley por los contratantes, por la Ley del país de la sede o residencia habitual del prestador característico.

2. ¿Cuál es la prestación característica del contrato internacional?

11. La noción de "prestación característica" no viene definida en el Convenio de Roma.

12. La definición de "prestación característica" sí se recoge en el Informe GIULIANO / LAGARDE adjunto al Convenio de Roma de 1980: la prestación característica es "aquella por la que se debe el pago"¹⁵. Es "la *prestación no dineraria*" (*Nicht-Geldleistung*). Así, la prestación característica es la entrega de cosa en la compraventa, la atribución del uso y disfrute del bien en el arrendamiento, la prestación de servicios en el contrato entre el abogado y su cliente, etc.

Es la prestación que diferencia cada contrato de los demás, visto que el "pago del precio" es una prestación común a muchos contratos. En efecto, como expresa el Informe GIULIANO / LAGARDE, "*en los contratos bilaterales (sinalagmáticos) en los que los contratantes se obligan mutuamente a prestaciones recíprocas, la contraprestación de una de las partes, en la economía moderna, consiste habitualmente en dinero, por lo que dicha prestación no es característica del contrato*"¹⁶.

Para fijar la *prestación característica* de un contrato debe partirse de un análisis de la categoría o *tipo contractual* de que se trate, -*ad ex.* préstamo, *leasing*, *factoring*, compraventa, agencia, etc.-, y no de las *circunstancias fácticas* del contrato, -lugar de ejecución, residencia o nacionalidad de las concretas partes, etc.- (*Informe GIULIANO / LAGARDE, U. VILLANI*)¹⁷.

marché intérieur et du rapprochement des législations, en CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La Convenzione...*, pp. 459-495.

¹⁴ 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.

¹⁵ M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 292.

¹⁶ M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19; P. LAGARDE, "Examen de l'avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *TCFDIP*, 1971-1973, pp. 147-201, esp. p. 155.

¹⁷ M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19; U. VILLANI, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. pp. 518-519.

13. De lo anterior se deduce claramente que la "prestación no característica" del contrato internacional es la consistente en el "pago del precio", mientras que la "prestación característica" es aquella realizada "en cambio" del pago del precio. En otras palabras: sólo puede identificarse la "prestación característica" en los contratos en los que una parte resulta obligada a un mero "pago del precio" (= obligación dineraria) y la otra parte debe entregar una cosa o prestar un servicio. Así lo afirma la mejor doctrina, de la que es ejemplo L.F. CARRILLO POZO en su magnífica contribución al estudio de la tesis de la prestación característica¹⁸.

14. La presunción de la "prestación característica" presenta, pues, un "alcance limitado". Sólo es operativa en relación con los contratos que implican un intercambio de *cosas o servicios por dinero* (= *Pecuniary Principle*)¹⁹. Los redactores del art. 4.2 CR sólo contemplaron y regularon este caso, no otros casos (A. KASSIS)²⁰. Por tanto, la presunción no opera en relación con contratos internacionales que no responden al esquema de *intercambio simple* de *cosas o servicios por dinero*. El alcance real de la presunción resulta, por tanto, extraordinariamente limitado. No es cierto, pese a su "dicción extensa" (= el art. 4.2 CR se autodeclara aplicable a todos los contratos internacionales que no vengan cubiertos por preceptos "específicos" recogidos en el Convenio de Roma), que la presunción tenga un ámbito de operatividad "extremadamente amplio", como ha afirmado algún autor²¹. Resultado final: la presunción general recogida en el art. 4.2 CR presenta, realmente, un "alcance recortado". Funciona sólo en escasos supuestos y por ello desarrolla un papel más bien modesto (U. VILLANI)²². La Ley aplicable a multitud de contratos internacionales que no responden al esquema de *intercambio simple* de "cosas o actividades" por "dinero", no puede fijarse a través de la presunción de la prestación característica: contratos de edición, coproducción audiovisual, concesión exclusiva, contratos de distribución, *joint-venture*, etc. Por ello, la teoría de la *prestación característica* no se adapta correctamente al método conflictual y está "en pleno proceso de erosión". Es, en efecto, un arcaísmo (= pensar que todos o que la mayoría de los contratos internacionales responde a un esquema de intercambio de *cosas o servicios por dinero* no se corresponde con la realidad del comercio internacional actual), como muy correcta y agudamente han sostenido L.F. CARRILLO POZO, P. KAYE, G. KAUFMANN-KOHLER, entre otros autores críticos²³. Así es: en la contratación internacional contemporánea, los contratos más

¹⁸ 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".

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

²⁰ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 295.

²¹ C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 194.

²² U. VILLANI, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. p. 530.

²³ 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.

frecuentes son atípicos, mixtos y complejos, -como sucede en el contrato de *countertrade*, *joint venture*, edición, *franchising*, distribución, etc.-, contratos en los que no es posible identificar una prestación característica porque no existe un esquema simple de intercambio de *cosas o servicios por dinero* (G. KAUFMANN-KOHLER, A. KASSIS)²⁴.

15. Teniendo en cuenta lo expresado por el Informe oficial del Convenio de Roma²⁵, el art. 4.2 CR sólo regula los contratos internacionales en los que se intercambian, por una parte, *cosas o servicios*, y por otra, *dinero* (= contratos que responden al esquema del llamado *Pecuniary Principle*). Por tanto, cuando el contrato comporta el intercambio de varias prestaciones y no responde al "esquema simple de intercambio" de *cosas o servicios por dinero*, el art. 4.2 CR no es aplicable. Quedan fuera del ámbito objetivo de la presunción recogida en el art. 4.2 CR, dos tipos de contratos:

Primero. Los contratos en virtud de los cuales las partes se intercambian, entre sí, cosas o actividades: *Joint-Venture*, cuenta corriente recíproca, *countertrade*, intercambio de divisas, etc. En este caso, la totalidad de la doctrina estima que la presunción de la prestación característica es inaplicable (U. VILLANI, F. BONELLI, M. FRIGESSI DI RATTALMA)²⁶. El supuesto es "conflictualmente sencillo" y no ha generado polémicas doctrinales relevantes en este punto (= consenso general sobre la inaplicabilidad del art. 4.2 CR).

Segundo. Los contratos en cuya virtud un contratante se obliga a pagar una cantidad pecuniaria, pero no sólo a ello, sino que se obliga, además de pagar dicha cantidad, a realizar alguna actividad o entregar alguna cosa: contrato de concesión en exclusiva, contrato de edición, contrato de coproducción audiovisual, *franchising*, etc. Este segundo supuesto es objeto de un profundo debate doctrinal. Algunos autores, como A. KASSIS, han visto claramente que en, en relación con estos contratos, buscar una "prestación característica" es inadecuado e imposible²⁷. Otros autores, que son todavía la mayoría, se obstinan en el error de buscar, también para estos contratos, una "prestación característica".

3. Los contratos internacionales de distribución y el art. 4.2 CR.

²⁴ G. KAUFMANN-KOHLER, "La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse", *ASDI*, 1989, pp. 195 ss.; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 302 nota [32]: "Plus les prestations réciproque sont nombreuses, plus les contrats deviennent complexes et plus il devient difficile de trouver le fil d'Ariane, qui conduit à la prestation caractéristique dans les dédales du contrat. Avec le développement du commerce international, la notion de prestation caractéristique est en passe de devenir un archaïsme".

²⁵ M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19.

²⁶ U. VILLANI, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *RDIPP*, 1993, pp. 513-540; F. BONELLI, "La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires", *IBLJ*, 1985, núm.3, pp. 389-404; M. FRIGESSI DI RATTALMA, "I contratti bancari internazionali alla luce della Convenzione di Roma", en G. SACERDOTI / M. FRIGO, *La convenzione...*, pp. 151-168; L. RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie e conflitti di legge*, Milano, 1984, *passim*.

²⁷ A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 295.

16. ¿Puede operar el art. 4.2 CR y la presunción de la prestación característica en relación con los contratos en los que un contratante asume, junto a la obligación de pagar, otras obligaciones de hacer, no hacer o dar, y no hay un *intercambio simple de cosa o actividad por dinero*? Dos posturas se han mantenido.

17. 1º) Como se ha advertido antes, la mayor parte de la doctrina *fuera* la aplicación del art. 4.2 CR y de la presunción de la prestación característica. Para ello, procura descubrir qué prestación es la *más característica* o la *más importante*. Se produce así el denominado *síndrome de la "lucha por la prestación característica"* (H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA)²⁸. En efecto: se entra en enconadas discusiones doctrinales sin final sobre qué prestación es la *característica* del contrato, o siendo más precisos, qué prestación es la *más característica* del contrato. Los cuchillos se afilan: se invoca la "mayor onerosidad" de las prestaciones, la "mayor importancia" de las prestaciones, la "primacía" de las prestaciones (D. MARTINY)²⁹, la "causa y finalidad del contrato", y otros elementos diversos. Así, algunos autores afirman que la prestación característica del contrato es, en estos casos, "la prestación que aporta los rasgos o propiedades capitales del contrato (...) [o la que] mejor refleja o resume los fines económicos típicamente perseguidos por las partes" (M. VIRGÓS)³⁰.

18. Esta postura es incorrecta. Dos motivos lo demuestran: a) Esta tesis *oscurece* la determinación de la Ley aplicable, haciendo que ésta se vuelva "imprevisible", tanto para las partes como para un tercero, por ejemplo, un juez o un árbitro. Es imposible determinar, *ex ante*, qué prestación es "más importante", "relevante" y "onerosa"; hay múltiples razones para apostar tanto por las prestaciones que debe realizar un contratante como por las prestaciones que debe realizar el otro contratante. La presunción de la prestación característica pierde su razón de ser: ya no facilita la precisión de la Ley aplicable, sino que la hace más difícil o incluso imposible; b) Estos autores defienden la aplicación no de la Ley del país de la sede del deudor de la "prestación característica", sino la aplicación de la Ley del país de la sede del deudor de la "prestación más característica". Pero el concepto de "prestación más característica" no se contiene en el Convenio de Roma ni en su Informe Oficial, y no responde a la voluntad de sus redactores.

19. 2º) Otros autores, como por ejemplo T. BALLARINO / A. BONOMI, D. FERRIER, A. KASSIS, M. MAGAGNI, etc.³¹, estiman que el art. 4.2 CR sólo fue diseñado para los contratos con un

²⁸ H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "*Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention*", *AJCL*, 1977, vol.25, pp. 303-331.

²⁹ D. MARTINY, "Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht. Art. 28", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, T. 7 (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Internationales Privatrecht)*, 2ª ed., Munich, 1990, pp. 1537-1614.

³⁰ M. VIRGÓS SORIANO, "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato", *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, p. 5303.

³¹ T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 3ª ed., 1999, p. 609; D. FERRIER, "La franchise internationale", *JDI Clunet*, 1988, pp. 625-662; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 295; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 334-336.

intercambio simple de cosa o actividad por dinero, en estricta sintonía con lo que expresa el Informe GIULIANO / LAGARDE³². Sólo en esos casos, la presunción de la prestación característica del contrato tiene sentido, porque opera con un cierto *automatismo y simplicidad*, ayudando a los contratantes a prever qué Ley rige el contrato³³. En el resto de los supuestos (= cuando se suscitan dudas serias sobre qué prestación es la *prestación característica* del contrato, lo que ocurre cuando no se presenta un esquema simple de intercambio de cosas o servicios por dinero), la presunción del art. 4.2 CR *no puede operar*.

20. Los contratos internacionales de distribución (*International Distributorship Agreements*) proporcionan diversos ejemplos útiles que demuestran que la segunda postura es la correcta. Explica F. VICENT CHULIÁ que los contratos de distribución son "*aquellos contratos en que el distribuidor adquiere en firme mercancías para su reventa en nombre y por cuenta propia, (...) comprometiéndose a defender los intereses del fabricante o mayorista (la 'marca') dentro de la disciplina de una red de distribución integrada*"³⁴. Sigue afirmando dicho autor que los contratos de distribución, entendidos *stricto sensu*, son de tres clases: a) "Contratos de distribución selectiva": el fabricante no otorga al distribuidor una "zona de exclusiva" para que procedan a la reventa; b) "Contratos de concesión" o "contratos de distribución exclusiva": el fabricante otorga una zona de exclusiva para que el distribuidor lleve a cabo la reventa, lo que garantiza mayores beneficios al distribuidor, pues no tiene que competir con otros sujetos que venden los mismos productos con la misma marca; c) "Contratos de distribución en franquicia" o *Franchising*: el franquiciador (*franchisor*) concede a la otra parte el uso de la marca y otros signos distintivos, le proporciona su *know-how*, materias primas, formación de personal y asistencia técnica permanente, documentación precontractual, etc., mientras que el franquiciado (*franchisee*) se obliga no sólo a pagar una cantidad pecuniaria fija en concepto de franquicia, y un canon pecuniario que se fija mediante un porcentaje sobre las mercancías facturadas, sino a comercializar los bienes o servicios producidos por el *franchisor*.

21. Primer ejemplo: el "contrato de distribución selectiva". En un contrato internacional de *distribución selectiva*, una de las partes (*fabricante*) se compromete a proporcionar a la otra parte una serie de productos o bienes. La otra parte, el distribuidor, se obliga, por cuenta propia y en nombre propio, a vender las mercancías adquiridas, generalmente no a consumidores finales, sino a comerciantes minoristas, y a pagar una cantidad al fabricante, bien fija o bien variable según el volumen de ventas a terceros. En el contrato internacional de distribución selectiva, no existe "zona de exclusiva" que permita al distribuidor operar sin competencia de otros distribuidores en un determinado territorio. Pues bien: ¿qué prestación es la "prestación característica" del contrato de distribución selectiva? No hay ninguna razón para afirmar que el "conjunto de prestaciones" del fabricante constituye la prestación característica; tampoco hay ninguna razón para entender que es

³² M. GIULIANO / P. LAGARDE, "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm.327 de 11 diciembre 1992, p. 19.

³³ M. VIRGÓS SORIANO, "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato", *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, p. 5304.

³⁴ F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 16ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 683-687, esp. p. 683.

el "conjunto de prestaciones" que debe proporcionar el distribuidor constituye la "prestación característica". La explicación al dilema radica, sencillamente, en el hecho de que el contrato de distribución selectiva no es reflejo inmaculado de un "esquema simple de intercambio" de cosas o servicios por cantidad pecuniaria. Resultado: el art. 4.2 CR no puede ni debe operar. En otras palabras: no hay prestación característica y el art. 4.2 CR es inaplicable.

22. Segundo ejemplo: el "contrato internacional de franchising". Como se ha avanzado, en el contrato internacional de *Franchising*, el franquiciador (*franchisor*) concede a otro sujeto el uso de su marca y otros signos distintivos, le proporciona su *know-how*, materias primas, formación de personal y asistencia técnica permanente y documentación precontractual, realiza publicidad de los productos, respeta los pactos de exclusividad acordados, y se ocupa de vigilar el seguimiento de las técnicas de mercado por parte del *franchisee*, así como, finalmente, se obliga a mantener el prestigio de la marca franquiciada. El franquiciado (*franchisee*) se obliga no sólo a pagar una cantidad pecuniaria fija o determinada en concepto de franquicia (= *franchise fee*), y un canon pecuniario que se fija mediante un porcentaje sobre las mercancías facturadas (= *royalties*), sino a comercializar los bienes o servicios producidos por el *franchisor*, obligación de utilizar los signos distintivos y las técnicas comerciales propias del *franchisor*, obligación de mantener un determinado *stock* de mercancías, obligación de seguir las instrucciones del *franchisor*, y muy especialmente la política de precios del *franchisor*, respetar el pacto de exclusividad y proporcionar al *franchisor* informaciones sobre la situación y evolución del mercado. Y ahora la pregunta: ¿qué prestación es la "prestación característica" del contrato internacional de *Franchising*? No hay ningún motivo para inclinarse por el "conjunto de prestaciones" que debe proporcionar el *franchisor* o por el "conjunto de prestaciones" que debe proporcionar el *franchisee*. Ello es así porque el contrato no responde al esquema simple de intercambio de cosas o servicios por dinero. Es decir: el art. 4.2 CR no puede ni debe operar. No hay prestación característica en el contrato de *Franchising* y, por ello, el art. 4.2 CR es inaplicable. Así lo ha reconocido abundante doctrina (D. FERRIER, T. BALLARINO / A. BONOMI, P. LAGARDE, A. KASSIS, U. VILLANI, P. DE MIGUEL ASENSIO)³⁵.

23. Tercer ejemplo: el "contrato internacional de concesión". En los *contratos de concesión*, como indica P. JUÁREZ PÉREZ³⁶, un empresario (= el concedente o fabricante) asume la obligación de: a) otorgar a otro sujeto (= el concesionario o distribuidor), la distribución, normalmente *en exclusiva*, de sus productos o servicios; b) organizar los aspectos accesorios de la venta final de los productos o servicios, tales como "la estrategia de venta, publicidad, precio, ofertas, garantía, servicio postventa", como indica la antes citada autora. En cambio de ello, el distribuidor o concesionario se obliga: a) a pagar una retribución al fabricante o concedente; b) a

³⁵ D. FERRIER, "La franchise internationale", *JDI Clunet*, 1988, pp. 625-662; T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 3ª ed., 1999, p. 612; P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *RCDIP*, 1991, pp. 287-340, esp. p. 390; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 302; U. VILLANI, "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *RDIPP*, 1993, pp. 513-540, esp. p. 529; P. DE MIGUEL ASENSIO, "Franquicia", en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (ED.), *Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, p. 336; "las prestaciones básicas de los elementos combinados en el contrato de franquicia no conducen a identificar como característica del conjunto negocial la prestación de uno de los contratantes".

³⁶ P. JUÁREZ PÉREZ, "Contratos internacionales de distribución", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 333-359, esp. p. 341.

adquirir productos o servicios al empresario concedente en una cantidad prefijada; c) a revender los productos o servicios, generalmente, como se ha dicho, *en exclusiva*, y en una cantidad mínima prefijada; d) a prestar "asistencia técnica" a los compradores finales de los productos o servicios. Es fácilmente perceptible que el "contrato de concesión" se presenta como el resultado de la *combinación explosiva* entre elementos procedentes del contrato de "compraventa con exclusiva" y del contrato de "agencia". Pero cuidado: no es una compraventa (= porque no es un contrato que responde al "esquema simple de intercambio de la propiedad de cosas por un precio en dinero"). Y atención: tampoco es un contrato de agencia (= el concesionario actúa por cuenta propia; el agente actúa por cuenta del principal y no adquiere los productos en cuestión). Por tanto, hay que admitir y decir con toda claridad que en los contratos internacionales de concesión no existe ninguna "prestación característica", como ha explicado la doctrina más autorizada tanto en España (P. JUÁREZ PÉREZ³⁷), como en el extranjero (R. BALDI, D. FERRIER, O. LANDO, M. MAGAGNI, etc.³⁸). El art. 4.2 CR es inaplicable. Así de sencillo.

24. Pues bien: ¿cómo se determina la ley aplicable a los contratos internacionales de distribución, y, en especial, al contrato internacional de "concesión comercial", en el caso de que las partes no hayan elegido la "Ley aplicable" a su contrato? En este punto, varias tendencias se han enfrentado desde posiciones muy radicales y absolutamente opuestas.

25. Primera tendencia: forzar la prestación característica del contrato en favor del fabricante o concedente. Una primera postura consiste en afirmar que la prestación característica del contrato de distribución-concesión es la que debe realizar el fabricante o concedente. Por consiguiente, la Ley del país de residencia habitual o establecimiento del concedente-fabricante regirá el contrato a falta de elección de Ley por las partes. La postura ha sido defendida por autores como P. LAGARDE, -que cambió de opinión al respecto-, S. PERUZZETTO, C. KESSEDIAN, G. BLANCH, J.-M. JACQUET / PH. DELEBECQUE, y otros expertos sobre distribución comercial internacional³⁹.

Las ventajas de esta tesis, -por supuesto, según siempre los autores *supra* citados-, parecen claras: a) La solución de DIPr. aporta "seguridad jurídica al sector de la distribución comercial internacional", en palabras de P. LAGARDE⁴⁰; b) De este modo, todos los contratos de distribución-

³⁷ P. JUÁREZ PÉREZ, "Contratos internacionales de distribución", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 333-359, esp. p. 354.

³⁸ R. BALDI, *Le droit de la distribution commerciale dans l'Europe communautaire*, Bruselas, 1988, p. 204 (existe versión italiana publicada por Cedam); D. FERRIER, "La franchise internationale", *JDI Clunet*, 1988, pp. 625-662, esp. p. 650; O. LANDO, "The Conflicts of Laws of Contracts. General Principles", *RCADI*, 1984, vol.189, 1984, pp. 225-448, esp. p. 287; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 334-336.

³⁹ P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *RCDIP*, 1991, pp. 287-340, trabajo en el que afirma que la prestación característica corresponde al "distribuidor"; ID., "Nota a Sent.Cour Cassation (1^{re} Ch.Civ.) de 25 novembre 2003, *Soc. Ammann-Yanmar vs. Soc. Zwaans BVA*", *RCDIP*, 2004, pp. 102-105, trabajo en el que mantiene la tesis totalmente opuesta, en línea con la jurisprudencia francesa actual: la prestación característica es la que debe proporcionar el "concedente"; S. PERUZZETTO, "Distribution", *Enc. Dalloz Droit international*, 1999, núms. 121-123.

⁴⁰ P. LAGARDE, "Nota a Sent.Cour Cassation (1^{re} Ch.Civ.) de 25 novembre 2003, *Soc. Ammann-Yanmar vs. Soc. Zwaans BVA*", *RCDIP*, 2004, pp. 102-105.

concesión concluidos por un mismo fabricante-concedente quedan sujetos al mismo Derecho estatal, lo que potencia la contratación internacional (= unidad de Ley aplicable), aunque el contrato deba ejecutarse en países distintos y aunque el fabricante concluya una pluralidad de contratos de distribución con distribuidores radicados en países diferentes, lo que será normal y frecuente; c) También se afirma que, con esta solución, no incide en la determinación de la Ley del contrato de distribución el hecho de que el país donde está establecido el concesionario sea "indeterminado" (= piénsese en la distribución de productos y/o servicios por *Internet*), "inestable" (= el concesionario cambia de sede o establecimiento de un país a otro país), o "desconocido" (= el fabricante-concedente desconoce cuál es el país en el que verdaderamente está establecido el distribuidor); d) Además, se añade que es la "característica" la prestación del concedente-fabricante o *initiateur du réseau*, porque dicho sujeto es el "iniciador" y el "organizador de la red de distribución", el "pivote que concluye los contratos con los miembros de una red de distribución", en las vistosas palabras de M. BEHAR-TOUCHAIS - G. VIRASSAMY⁴¹.

No es casualidad que ésta sea la tendencia que sigue actualmente la jurisprudencia francesa que aplica actualmente el Convenio de Roma de 1980. Francia es, hoy día, país de concedentes y fabricantes que exportan sus productos y/o servicios al extranjero a través de una red de "distribuidores" radicados en otros países. En este sentido se ha pronunciado la *Cour de Cassation* francesa en más de una ocasión: Sent.Cour Cassation (1^{re} Ch.Civ.) de 25 noviembre 2003, *Soc. Ammann-Yanmar vs. Soc. Zwaans BVA* (RCDIP, 2004, pp. 102-105 con "nota" de P. LAGARDE), Sent.Cour Cassation (1^{re} Ch.Civ.) de 15 mayo 2001, *Optelec vs. soc. Midtronics BV*, (RCDIP, 2002, pp. 86-93 con "nota" de P. LAGARDE, y *JDI Clunet*, 2001, pp. 1121-1130 y "nota" de A. HUET).

Pero esta primera tendencia presenta *aspectos negativos*: a) Se le reprocha, fundamentalmente, que es una solución que aumenta excesivamente el "poder contractual" del fabricante-concedente, ya de por sí muy elevado; b) También se afirma que con esta solución se ignora completamente el país / países en los que el contrato se ejecuta (= mercado/s donde se distribuyen los productos o servicios) y el país o países desde el que opera el distribuidor (= mercado/s desde el que se comercializan los productos o servicios); c) Pero el más importante es el *reproche jurídico*: la postura es jurídicamente incorrecta, porque el art. 4.2 CR, como se ha afirmado repetidamente, no es aplicable a estos contratos, en los que no se puede detectar ninguna "prestación característica".

26. Segunda tendencia: forzar la prestación característica del contrato en favor del distribuidor-concesionario. Otros autores afirman que la "prestación característica" del contrato internacional de distribución-concesión es la que debe desarrollar el distribuidor-concesionario de los productos y/o servicios.

Los argumentos para sostener dicha afirmación son variados: a) Se aduce que el "centro de gravedad" del contrato radica en el "país de la sede del distribuidor". Así, se afirma que la prestación del distribuidor es la que se corresponde con el "*objetivo económico del contrato*" (C.M.V. CLARKSON & J. HILL⁴²). Se dice que, en relación con el contrato de concesión, "*como*

⁴¹ A. HUET, "Nota a Sent.Cour Cassation (1^{re} Ch.Civ.) de 15 mayo 2001", *JDI Clunet*, 2001, pp. 1121-1130, esp. p. 1125; S. PERUZZETTO, "Distribution", *Enc. Dalloz Droit international*, 1999, núms. 121-123; M. BEHAR-TOUCHAIS - G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, 1999, en *Traité des contrats* (sous la direction de J. GHESTIN), LGDJ, núm. 769.

⁴² C.M.V. CLARKSON & J. HILL, *Jaffey on the Conflict of Laws*, Butterworths, 2nd ed., 2002, p. 217: "*It has been*

contrato de distribución, la función en el mercado del contrato de concesión es ciertamente diversa de la de un contrato de compraventa. Por ello parece adecuado que la identificación de su prestación característica corra pareja a la de aquellos otros contratos que cumple igualmente una función de distribución (en particular, de la agencia), lo que conduciría a considerar como característica la prestación del distribuidor", en palabras de M.V. CUARTERO RUBIO⁴³; b) Se añade que, de este modo, se dota al contrato de una Ley aplicable fijada con "seguridad, previsibilidad, automaticidad, claridad, uniformidad" y que "responde perfectamente a las necesidades concretas de los contratos de distribución comercial", en palabras de C. PELLISÉ DE URQUIZA⁴⁴.

Por tanto, la Ley del país de residencia habitual o establecimiento o sede del distribuidor-concesionario regulará el contrato a falta de elección de Ley por las partes. Una auténtica legión de autores defiende la postura que afirma que la prestación característica del contrato de distribución-concesión corresponde al distribuidor⁴⁵.

Ésta es la postura que defiende en la actualidad la jurisprudencia belga⁴⁶. No es casualidad que las leyes belgas en materia de distribución sean muy intervencionistas, que tiendan a una protección, muy generosa, del concesionario - distribuidor, potenciando la indemnización por rescisión unilateral del contrato llevada a cabo por el fabricante-concedente, indemnización que favorece al distribuidor (Ley de 27 julio 1961, modificada por ley de 13 abril 1971). No es casualidad, tampoco, que Bélgica sea en la actualidad, "tierra de distribuidores" que venden y distribuyen en Bélgica productos y servicios procedentes de fabricantes y concedentes extranjeros. La antigua jurisprudencia francesa, anterior al Convenio de Roma de 1980, también optaba, aunque de forma no unánime, por esta solución, si bien la determinación de la Ley aplicable no se hacía, lógicamente, siguiendo el esquema de soluciones de la presunción de la prestación característica, sino el antiguo DIPr. francés en materia de contratos, como muy bien explica C. PELLISÉ DE URQUIZA⁴⁷. Y qué casualidad: la antigua jurisprudencia francesa seguía esta tesis cuando los contratos internacionales de distribución afectaban a distribuidores franceses que operaban en Francia distribuyendo productos procedentes de fabricantes-concedentes radicados en el extranjero. Es decir: la jurisprudencia francesa aceptaba que el "centro de gravedad" del contrato de distribución radicaba en el país de la sede del distribuidor cuando dicho país era Francia. Pero ahora

suggested that in relation to a distributorship agreement (where the distributor undertakes to market the manufacturer's goods) [...] the performance of the distributor [...] is the characteristic performance, since it is their performance which is the economic purpose of the contract"; P. MAYER / V. HEUZÉ, Droit international privé, 7ª ed., 2001, núm. 726.

⁴³ M.V. CUARTERO RUBIO, "Concesión mercantil", en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (ED.), *Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 328-332, esp. p. 331.

⁴⁴ C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 193-227, esp. pp. 221-222.

⁴⁵ D. BERLIN, "Droit international et distribution internacional", *DPCI*, 1993, pp. 6 ss, y autores citados por P. LAGARDE, "Nota a Sent.Cour Cassation (1^{re} Ch.Civ.) de 15 mayo 2001, *Optelec vs. soc. Midtronics BV*", *RCDIP*, 2002, pp. 86-93, esp. p. 89.

⁴⁶ P. LAGARDE, "Nota a Sent.Cour Cassation (1^{re} Ch.Civ.) de 25 noviembre 2003, *Soc. Ammann-Yanmar vs. Soc. Zwaans BVA*", *RCDIP*, 2004, pp. 102-105.

⁴⁷ C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 193-227, esp. p. 207.

que las cosas han cambiado, y Francia es país de concedentes y fabricantes, el criterio jurisprudencial ha cambiado (A. HUET⁴⁸). Cosas que pasan.

Pero esta solución (= aplicación de la Ley del país de la sede del distribuidor) también presenta también *aspectos negativos*. Igual que en el caso anterior, esta segunda tendencia es también jurídicamente incorrecta: el art. 4.2 CR, como se ha afirmado, no es aplicable a estos contratos, en los que no se puede detectar ninguna "prestación característica". No hay ninguna razón jurídica para estimar que la "prestación característica" es la que realiza bien el fabricante-concedente o bien el distribuidor-concesionario. Entrar en polémicas sobre cuál es el prestador característico en el contrato internacional de distribución es inútil, absurdo, y no conduce a resultados claros. Siempre habrá, como demuestra la práctica, razones para defender que el prestador característico es uno u otro sujeto. Como se deduce de todo lo anterior, el art. 4.2 CR es inaplicable y las dos primeras tendencias aquí recordadas son jurídicamente insostenibles.

Debe subrayarse, de modo tangencial, que la normativa belga antes citada (*Loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée*) establece que la cuestión de la rescisión unilateral del "contrato de concesión" y las consecuencias de tal rescisión, son cuestiones que quedan sujetas, al *Derecho belga* siempre y cuando "la rescisión de una concesión de venta produzca sus efectos en todo o en parte del territorio belga" (art. 4.I *Loi du 27 juillet 1961*). Esta disposición convierte la citada normativa belga (= *Loi du 27 juillet 1961*) en un conjunto de "normas internacionalmente imperativas". Para que un juez pueda aplicarlas a un contrato internacional de concesión de venta regido por otra Ley estatal que no sea la Ley belga, debe utilizarse el art. 7.1 ó el art. 7.2 CR, como muestra el estudio de A. NUYTS⁴⁹. Es decir: el contrato se regirá por la Ley elegida por las partes o por la Ley determinada por el art. 4 CR, pero la cuestión de la "rescisión unilateral" de la concesión de venta y sus consecuencias se regirá, cuando la concesión de venta "produzca sus efectos en todo o en parte del territorio belga", por el Derecho belga.

27. El resultado al que conducen estas dos tendencias anteriores es lo que antes se ha denominado como "síndrome de la lucha por la prestación característica" y que ya hace más de veinticinco años ilustrara con maestría H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA⁵⁰: partidarios de considerar que la prestación característica del contrato de distribución es la prestación que debe proporcionar el distribuidor-concesionario se enfrentan a partidarios de considerar que la prestación característica de dicho contrato es la que debe realizar el fabricante-concedente. Todos alegan razones que, a su juicio, son determinantes. Pero lo cierto es que es *imposible* precisar si el "centro de gravedad" de este contrato radica en el país de la sede del distribuidor o en el país de la sede del concedente: si el distribuidor es un sujeto "importante", no menos lo es el concedente; es cierto que el contrato no existiría sin el distribuidor, pero es cierto que tampoco puede existir sin el fabricante-concedente; es cierto que una protección jurídica adecuada del distribuidor parece adecuada, pero también es cierto que el fabricante-concedente debe ser protegido por el Derecho, proque en caso contrario, adiós a

⁴⁸ A. HUET, "Nota a Sent.Cour Cassation (1^{re} Ch.Civ.) de 15 mayo 2001", *JDI Clunet*, 2001, pp. 1121-1130.

⁴⁹ A. NUYTS, "L'application des lois de police dans l'espace (réflexions au dpart du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)", *RCDIP*, 1999-I, pp. 31-74 y 1999-II, pp. 245-265.

⁵⁰ H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic obligation in the Draft EEC Obligation Convention", *AJCL*, 1977, vol.25, pp. 303-331.

los contratos internacionales de distribución. ¿Cuál es el "*objetivo económico del contrato*"? Distribuir productos o servicios, y ello no se puede hacer sin las dos partes del contrato, y no es más importante, para lograr dicho objetivo, ni la prestación que debe realizar el *distribuidor* ni la que debe realizar el *concedente*. Ambas son totalmente necesarias para alcanzar el "objetivo económico del contrato".

La "lucha por la prestación característica" es una batalla contra molinos de viento: nadie puede vencer. Ambas posturas, irreconciliables, persiguen convencer de que la prestación característica es bien la que realiza el distribuidor, bien la que realiza el concedente. Y como el contrato no responde a un esquema simple de intercambio entre "dinero - precio" por "cosas o servicios", lo cierto es que por mucho que se empeñen en alegar razones sobre la "importancia" de una prestación determinada del contrato, el contrato carece de prestación característica.

En el fondo, este fenómeno no es más que el enfrentamiento entre partidarios de aplicar la "Ley del país de la sede del distribuidor" y partidarios de aplicar la "Ley del país de la sede del concedente-fabricante". Todos creen tener razón y hasta la jurisprudencia se ha enzarzado en la polémica. Los tribunales franceses se inclinan a favor de la aplicación de la "Ley del país de la sede del concedente-fabricante", mientras que los tribunales belgas apuestan por la aplicación de la "Ley del país de la sede del distribuidor". El resultado no puede ser más penoso. Además de desconocer los fundamentos y la función de la presunción de la prestación característica del contrato (= que es precisamente lo que impide que dicha presunción opere en relación con este contrato), el mismo Convenio de Roma se ve aplicado de modo *diferente* dependiendo de cuál sea el tribunal que conoce del asunto (= tribunales franceses y tribunales belgas aplican de modo diferente el mismo precepto, el art. 4 CR). En suma, ninguna de las dos tendencias anteriores es adecuada, por lo que ambas deben ser rechazadas.

28. Tercera tendencia: diseñar una "nueva presunción" para determinar la Ley aplicable. Esta peculiar postura la ha sostenido C. PELLISÉ DE URQUIZA en su muy interesante aportación sobre los contratos internacionales de distribución⁵¹. Consiste en afirmar que, no pudiendo operar la "presunción de la prestación característica" debido al hecho de que en los contratos de distribución no puede detectarse dicha prestación característica, el art. 4.5 CR permite al operador jurídico "diseñar" una "nueva presunción" para estos contratos. Según tal postura (= nueva presunción), se presume que "los contratos internacionales de distribución comercial presentan los vínculos más estrechos con la Ley del país en que se encuentra el establecimiento comercial del distribuidor"⁵². Por tanto, deben regirse por dicha Ley (= Ley del país donde se halla el establecimiento del distribuidor). Esta tercera tendencia es, también, errónea. Varias razones lo demuestran.

Primero. El art. 4 CR no permite forjar "nuevas presunciones" sobre determinación de la Ley aplicable. Es más: como explica M. VIRGÓS, en el diseño del art. 4 CR se debatieron "dos modelos" para precisar la prestación característica de los contratos internacionales⁵³. En primer

⁵¹ C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 193-227, esp. pp. 206-224.

⁵² C. PELLISÉ DE URQUIZA, *Los contratos de distribución comercial*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 207.

⁵³ M. VIRGÓS SORIANO, "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato", *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, p. 5298.

término, el "modelo suizo" o "modelo de las presunciones concretas", que consiste en incluir en la norma de DIPr. una lista de contratos con indicación expresa de cuál es la prestación característica de tales contratos (art. 117.3 Ley Suiza DIPr. 18 diciembre 1987). En segundo término, el "modelo abierto", a tenor del cual, a cada "tipo de contrato" debe corresponder una prestación característica determinada, pero cuál sea dicha prestación característica lo deben precisar los tribunales, pues la norma de DIPr. calla al respecto. Pues bien: el Convenio de Roma de 1980 optó por el segundo modelo, de forma que la primera fórmula (= "prestación característica rígida" para concretos tipos de contrato determinada por la norma de DIPr.), fue desechada. El Convenio de Roma de 1980 acogió el segundo modelo: existen "presunciones" y no "fórmulas rígidas" de determinación de la prestación característica. Por ello, la regla sugerida no es adecuada en tanto en cuanto funciona de modo prácticamente "matemático", y obliga a acudir a la "cláusula de escape" contenida en el art. 4.5 CR para "huir" de una presunción que el Convenio de Roma no recoge. La postura correcta radica, como se verá, en acudir al art. 4.5 CR pero no como "cláusula de escape", sino como "cláusula de cierre" del sistema conflictual ante la imposibilidad de que opere ninguna de las presunciones que contiene el art. 4 CR.

Segundo. En el fondo, esta tercera tendencia no es más que otra forma de decir, con otras palabras, de forma camuflada, que la prestación característica de los contratos de distribución es la que corresponde al distribuidor. Y para ese viaje no hacían falta tantas alforjas, porque ya la tendencia anterior, encabezada singularmente por la jurisprudencia belga, sostiene esta opción. Opción, como se ha visto, plenamente errónea.

Tercero. Esta tercera tendencia es claramente equivocada porque, si se afirma que en los contratos de distribución no es posible detectar una "prestación característica" determinada, el art. 4 CR obliga al operador jurídico a precisar la Ley aplicable al contrato teniendo en cuenta no sólo el "tipo contractual", -como hace equivocadamente esta tercera tendencia-, sino la totalidad de "circunstancias de hecho" del contrato en concreto del que se trate (= determinación de la Ley aplicable en función de los vínculos del *concreto contrato* y no en función exclusiva del *tipo de contrato en abstracto*), como recuerda S. PERUZZETTO⁵⁴. Un ejemplo aclarará la cuestión. Supóngase que un fabricante de automóviles con sede en España concluye un contrato de distribución comercial de automóviles con un concesionario con sede en Francia para que los distribuya en Francia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. No hay elección de Ley por los contratantes. Visto que el contrato carece de "prestación característica", la Ley aplicable a dicho contrato no puede fijarse teniendo en cuenta, exclusivamente, que se trata de un "contrato de concesión" (= a una "categoría de contrato", en abstracto, le corresponde una Ley aplicable). Lo que ordena llevar a cabo el art. 4.5 CR es determinar la Ley aplicable a *ese concreto contrato en cuestión* teniendo en cuenta los datos propios de *ese concreto contrato en cuestión* (= sede de las partes, lugar o lugares de ejecución, lugar de celebración, iniciativa comercial para la conclusión del contrato, prestaciones asumidas por las partes en el concreto contrato, etc.).

29. Cuarta tendencia: proceder a una "determinación casuística" de la Ley que rige el contrato haciendo operar el art. 4.5 CR. Siendo claro que las tendencias anteriores no están justificadas, visto que la presunción general de la prestación característica no puede operar, sólo queda acudir a la "regla-base" del art. 4 CR para determinar la Ley aplicable al contrato internacional de distribución, como muy certeramente subraya P. JUÁREZ PÉREZ⁵⁵. Dicha regla

⁵⁴ S. PERUZZETTO, "Distribution", *Enc. Dalloz Droit international*, 1999, núms. 121-123.

⁵⁵ P. JUÁREZ PÉREZ, "Contratos internacionales de distribución", en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA

conduce a afirmar que el contrato de distribución y concesión 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 distribución", porque la solución depende de las circunstancias de cada caso en concreto.

30. El principio de *vinculación más estrecha* no significa dejar la determinación de la Ley aplicable al contrato de distribución-concesión a la *arbitrariedad judicial*. La arbitrariedad judicial está prohibida por la misma Constitución española; resultaría perjudicial para las funciones del Derecho de contratos (= el Derecho de contratos exige reglas y pautas que indiquen con claridad la Ley aplicable al contrato); y además debe evitarse que los jueces de diferentes países interpreten con total libertad el significado del "principio de proximidad", pues ello destruiría la unidad de soluciones del Convenio de Roma (K.H. NADELMANN)⁵⁶, y con frecuencia favorecería la aplicación de la *Lex Fori*.

31. El *principio de proximidad* significa que el contrato debe quedar sometido a la Ley estatal cuya aplicación al contrato sea más *fácilmente previsible* por los contratantes (= la Ley estatal que las partes tenían presente cuando concluyeron el contrato o que deberían haber tenido presente en dicho momento). *Principio de proximidad* es igual a *principio de previsibilidad* de la Ley aplicable⁵⁷. Para determinar una Ley estatal de previsible aplicación al caso concreto, hay que tener presentes varios datos.

Primero. El intérprete debe ponderar los "contactos" del concreto contrato con distintos países. Debe realizar un *Balancing Test* o proceso de *Counting and Weighing Contacts*: un "test" de los contactos del contrato con distintos países. Debe seguir un razonamiento "caso por caso", contrato por contrato: cada contrato, -y no cada "tipo de contrato"-, tiene sus vinculaciones y contactos específicos.

Segundo. Como expresan E. VITTA y M. VIRGÓS, deben tenerse en cuenta *todos los elementos y contactos* del contrato en cuestión⁵⁸. El Convenio de Roma de 1980 no establece una "tabla cerrada" de contactos a valorar: todos cuentan. Tales contactos pueden ser: a) *Contactos subjetivos*: nacionalidad de las partes, domicilio y sede, residencia habitual; b) *Contactos territoriales*: lugar de negociación y celebración del contrato, país de situación del objeto del contrato, lugar de ejecución de las obligaciones, etc.; c) *Contactos jurídicos*: utilización de contratos propios de un país, atribución de la competencia para conocer del litigio derivado del contrato a los tribunales de un Estado concreto, vinculación del contrato con otros contratos, etc.; d)

GONZÁLEZ (DIRS.), *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 333-359, esp. p. 354.

⁵⁶ K.H. NADELMANN, "Impressionism and Unification of Law: The EEC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations", *AJCL*, 1976, vol.24, pp. 12-21.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ E. VITTA, "Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali", *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp. 261-278, esp. p. 272; M. VIRGÓS SORIANO, "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato", *Estudios homenaje Prof.A.Menéndez*, Madrid, 1996, T.IV, pp. 5295-5296.

Contactos económicos: contrato ejercitado en el ejercicio de la actividad profesional de un contratante, oferta dirigida a un concreto país, etc.

Tercero. Todos los elementos anteriores no "cuentan", ni "pesan" ni "valen" lo mismo. Si todos los contactos tuvieran el mismo "potencial localizador", la determinación del Derecho aplicable sería, en muchos casos, imposible. Como expresa P.E. NYGH, "*to make it [principle of proximity = closest connection test] workable, guidance is needed*"⁵⁹. Los elementos con un "potencial localizador fuerte" son los que permiten prever a las partes fácilmente cuál es el Derecho aplicable al contrato. Son contactos que refuerzan el *principio de previsibilidad* de la Ley aplicable. Los elementos con un "potencial localizador débil" son los que, por sí mismos, no permiten a las partes prever la Ley aplicable al contrato. Sólo ayudan, indiciariamente, a ello.

32. Proyectando las pautas anteriores a los contratos internacionales de distribución, deben tenerse presentes varios datos.

Primero. Cuando estos contratos se celebran y ejecutan en "mercados regulados", es claro que las partes esperan ver aplicada la Ley del país donde se sitúa el mercado regulado. Pero resulta que estos "contratos de distribución" no suelen celebrarse ni ejecutarse en "mercados regulados" (= Bolsas, Ferias, subastas, mercados de valores, etc.). Por ello, la vinculación con el *lugar de ejecución del contrato* presenta un peso localizador débil en relación con estos contratos⁶⁰. Además, "resucitar" este viejo punto de conexión (= "lugar de ejecución del contrato") en relación con estos contratos y convertirlo, sin más, en un "criterio determinante" a la hora de precisar la Ley aplicable al contrato internacional de distribución, es, sencillamente, "tergiversar" el entero sistema conflictual del Convenio de Roma.

Segundo. Cuando un sujeto parte en el contrato sea un *profesional* de la contratación internacional y el otro no lo sea, cabe afirmar que el segundo contratante es "cliente" del primero. Por ello, la vinculación con el país de la sede del *contratante profesional* es un elemento muy relevante. Cabe afirmar que en los contratos internacionales de distribución entre "profesional" y "cliente", ambos contratantes esperan ver aplicada la Ley del país de la sede del *contratante profesional*. El contrato se inserta en el *contexto comercial* del país de la sede del contratante profesional: es normal que ambos contratantes esperen ver aplicada la Ley de dicho país. Lo que ocurre es que este supuesto será muy infrecuente en los contratos internacionales de distribución, contratos en los que ambos contratantes suelen ser, en la práctica totalidad de las ocasiones, auténticos "profesionales de la contratación internacional".

Tercero. El elemento decisivo para fijar la Ley aplicable a estos contratos debe ser el *contexto económico* en el que ha sido celebrado el contrato (= *International Stream-Of-Commerce Doctrine*). Cuando el contrato internacional de distribución se celebra previa oferta o publicidad dirigida a empresas de un Estado determinado, ambas partes esperan ver aplicada la Ley de dicho Estado. El contratante que se "sumerge" en un mercado extranjero lo hace porque espera obtener ventajas económicas de ello, generalmente, grandes ventajas económicas. Con su conducta comercial *internacionaliza* el contrato: actúa *hacia un mercado* que espera conquistar (= "mercado de conquista"). El sujeto crea una "corriente de comercio internacional" (= *International Stream-of-*

⁵⁹ P.E. NYGH, "The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort", *RCADI*, 1995, vol.251, pp. 269-400, esp. p. 332.

⁶⁰ M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 454 ss.

Commerce) hacia dicho país. Es conocedor de los riesgos que comporta competir y operar en mercados extranjeros. Pues bien, uno de esos riesgos es la aplicación de la Ley del país en cuyo mercado se quiere operar. La empresa con establecimiento comercial en USA que desea distribuir en Europa sus productos fabricados en USA, y que para ello contacta con un distribuidor radicado en España, espera ver aplicado el Derecho español. Asume ese riesgo. Es consciente de dicho riesgo cuando opera "hacia un mercado extranjero". Dicho país es el más vinculado con el contrato internacional: la Ley de dicho país es la que los contratantes esperan ver aplicada, con lo que se refuerza la *previsibilidad de la Ley del contrato*. Existen, básicamente, dos modos de *internacionalizar* el contrato y de crear una *International Stream-Of-Commerce*: (a) Mediante *publicidad* previa que incita a contratar. En tal caso, la Ley del país en el que el profesional difunde tal publicidad (= *mercado de publicidad*) es aplicable, país que será el de la sede del otro contratante. Es el país más vinculado con el contrato (= *contrato "dirigido" al mercado de ese país*); (b) Mediante *oferta de contrato* dirigida especialmente a empresas de un país determinado. En tal caso, el país hacia el que se dirige la oferta de contrato es el país más estrechamente vinculado con el contrato. Su Ley debe regir el contrato (*contrato "dirigido" al mercado de ese país*).

Cuarto. Y queda el caso más difícil: cuando ambos contratantes son *profesionales de comercio internacional* y no existe una previa *Stream-Of-Commerce* que permita "detectar" la Ley de mayor previsible aplicación al contrato. Pues bien, en este supuesto, los elementos del "caso concreto" que presentan un "potencial localizador débil" juegan su papel. Y entre ellos, el elemento que parece operar como un elemento que ayuda a fijar la Ley aplicable al contrato de modo más claro, es el "lugar de ejecución" del contrato de distribución. Cuando las partes concluyen un contrato de distribución a ejecutar exclusivamente en un país, ambos son profesionales de la contratación internacional y no existe una previa *Stream-Of-Commerce*, puede estimarse que la "Ley del país de ejecución único" es la Ley del país que ambos contratantes esperan ver aplicada al contrato. Si el contrato prevé una "distribución comercial" en *varios países*, el criterio "lugar de ejecución" pierde fuerza y valor, pues no ayuda a "predecir" qué Ley es aplicable al contrato. En dicho último supuesto, sólo cabe resolver la cuestión teniendo en cuenta "otros elementos" que otorguen al juez la convicción de que existe una concreta Ley estatal que las partes pudieron prever como la Ley reguladora de su contrato: lugar de negociación del contrato si es relevante, tipo contractual, naturaleza y ubicación de la prestación, conexión entre varios contratos, lugar de celebración del contrato, tribunal elegido por las partes, moneda de pago, nacionalidad de las partes, y demás elementos extraídos del caso concreto. Para estos casos extremos, M. MAGAGNI sostuvo, ya en 1989, que sería preciso proceder a un "fraccionamiento del contrato" en dos partes, haciendo aplicación de una Ley distinta a cada parte del contrato⁶¹. Esta solución no parece tampoco muy conveniente, pues el mismo Informe GIULIANO / LAGARDE recomienda acudir a este "fraccionamiento del contrato" las menos veces posibles.

Murcia, September, 13th, 2004
Five Years Since We Left The Earth's Orbit

⁶¹ M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 334-336.

* * * *