

CONVENCIÓN DE MÉXICO VERSUS CONVENIO DE ROMA: LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES A LA LUZ DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN COMO MODELO

Javier Maseda Rodríguez*

Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO. 1.- El Convenio de Roma de 1980 y la Convención de México de 1994 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: proyección comparada sobre los contratos de distribución. 2.- El pacto de elección de ley: alcance de la elección de la *lex mercatoria*. 3.- La ley aplicable en defecto de pacto: la ausencia de presunciones de vinculación más estrecha en la Convención de México. 4.- Normas de intervención: especial mención de las normativas protectoras de la libre competencia. 5.- Conclusión.

1.- Uno de los problemas típicos del Derecho internacional privado lo constituye la determinación del régimen jurídico de derechos y obligaciones de las partes en el ámbito de la contratación internacional. Frente a un contrato interno (situación de tráfico privado interno), que no presenta problemas en cuanto a su localización normativa (los elementos que lo conforman conectan la situación con un único ordenamiento jurídico), el contrato internacional (situación de tráfico privado externo o plurilocalizada) compromete esta orientación normativa única: desde el momento en que los elementos que lo conforman conectan la situación con más de un ordenamiento jurídico, podría sostenerse una eventual ubicación del supuesto en *distintos* sistemas normativos¹.

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Internacional Privado.

¹ En general, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pp. 23-29.

Esta circunstancia propia de las situaciones plurilocalizadas (pluralidad de ordenamientos: varias posibles respuestas y eventualmente distintas) genera, sin duda, un importante grado de incertidumbre en el operador jurídico. Será necesario, pues, responder a la siguiente pregunta: ¿cuál es la concreta ley estatal que va a regular la situación plurilocalizada, en el caso, el contrato internacional?, ¿la ley alemana, la ley francesa, la ley española?. A esta cuestión, el legislador proporciona al operador jurídico una serie de instrumentos que le ayudan a seleccionar, dentro del abanico de leyes estatales potencialmente reguladoras del supuesto y en atención a aquellos criterios que el propio legislador considere oportunos, aquella ley de aquel Estado que resultará efectivamente encargada de regular el contrato (selección del Derecho aplicable)².

Pues bien, en sede de tráfico externo, dos son los instrumentos encargados de seleccionar el Derecho aplicable a los contratos internacionales. Dentro del ámbito de la Unión Europea, y complementario del *Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones extranjeras*, el *Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980*, tiene por objeto determinar cuál de las leyes estatales conectadas con un contrato internacional regulará finalmente el caso; regulación vinculante también para el operador jurídico español desde el 1 de septiembre de 1993 (fecha en la que entra en vigor este Convenio para España)³. Asimismo, con

-
- 2 En el ámbito en el que se desenvuelve este trabajo, que es el de la contratación internacional en sede de tráfico comercial externo, además de los instrumentos a los que nos referiremos a lo largo de la exposición, el operador jurídico cuenta con otros cauces de determinación de la concreta regulación del contrato como situación plurilocalizadas. Así, atención a la espontánea actuación de los interesados (los agentes económicos a través de la asunción de pautas de comportamiento comunes o *lex mercatoria*), o a la acción estatal unificando normas materiales reguladoras de cierto tipo de contratos (*Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías*, por ejemplo). En referencia, M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/A.L. CALVO CARAVACA/M. VIRGÓS SORIANO/M.A. AMORES CONRADI/P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Derecho internacional privado, Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995, p. 144.
- 3 *Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980* (BOE de 19 de julio de 1993). Este último Convenio vincula a España desde el 1 de septiembre de 1993, tal y como fue modificado por el Convenio de Funchal de 18 de mayo de 1992 (DOCE L 333, de 18 de noviembre de 1992, y BOE de 19 de julio de 1993, corrección de errores en BOE de 9 de agosto de 1993). Informe oficial del Convenio, elaborado por P. JENARD y M. GIULIANO, en DOCE C 327, de 11 de diciembre de 1992.

una finalidad semejante, los Estados americanos firman en México la *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994*, producto de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP V)⁴.

Y nos vamos a ocupar de la selección de la ley estatal reguladora de los contratos internacionales en estos dos instrumentos convencionales haciendo hincapié en un hecho que nos llama la atención. ¿Por qué, moviéndonos en un contexto general de globalización y afectando a una materia de proyección universal, del análisis del articulado de estos dos instrumentos, si bien de ámbito regional (uno, el Convenio de Roma de 1980, referido a los Estados de la Unión Europea, y el otro, la Convención de México de 1994, referida a los Estados americanos), pero provistos de carácter *erga omnes* (aplicables, por tanto, sin condición de reciprocidad: esto es, no será necesario que la ley designada por sus normas pertenezca a un Estado parte en las citadas Convenciones; art. 2 CR, art. 2 CM)⁵, parece desprenderse la existencia de distintas soluciones de ley aplicable a los contratos internacionales, o, al menos, la existencia de preceptos encargados de seleccionar la ley estatal aplicable al contrato internacional en los que, aunque sólo sea por su tenor,

4 *Convención Interamericana relativa al Derecho aplicable a los contratos internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994*. La cuestión de la regulación conflictual uniforme de la contratación internacional fue considerada previamente en la Cuarta Conferencia Especializada de D.i.pr. (IV-CIDIP), celebrada en Montevideo en el año 1989, aunque no se llegó a concluir en una Convención, si bien se aprobaron las bases para una futura confección.

5 Si bien el carácter universal del Convenio de Roma de 1980 está reconocido expresamente en su art. 2 CR, sin que haya lugar a dudas respecto de esta consideración (por todos, P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1991-II, pp. 287-340, espec. p. 291), no sucede lo mismo con la Convención de México, a pesar de recoger un precepto semejante al art. 2 CR. La existencia de un artículo como el art. 1 CM, ausente en el Convenio de Roma de 1980, en el que se exige para la aplicación de la Convención americana que las partes estén establecidas en Estados contratantes (residencia habitual, establecimientos) o que el contrato posea contactos objetivos con más de un Estado parte, hace dudar a la doctrina americana sobre el carácter universal de este instrumento (sobre la cuestión, L. PÉREZNIETO CASTRO, "Introducción a la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1994, pp. 765-776, espec. p. 771; M.B. NOODT TAQUELA, "Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", en *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado, Segovia, 1995, pp. 91-134, espec. pp. 126-129).

el legislador emplea términos distintos a la hora de su redacción?, ¿significará esto que, en función del Convenio aplicable, un mismo contrato internacional aparecerá regulado por una ley estatal aplicable distinta?.

El presente trabajo tiene por objeto el análisis práctico comparativo de algunas de estas distintas soluciones convencionales adoptadas en la selección del Derecho aplicable a los contratos, fundamentalmente, aparte del juego de las normativas internacionalmente imperativas, de aquellos preceptos encargados de la regulación del alcance de la voluntad de las partes y de aquéllos otros operativos en defecto de pacto de elección de ley. No obstante, nuestro análisis no va a discurrir desde una perspectiva general y abstracta, sino que, en la medida en que puede resultar mucho más gráfico y aún a sabiendas de su parcialidad (muchas de las conclusiones a las que se llegue podrían ser sólo ciertas desde esta óptica), se ha optado por su proyección sobre una figura contractual concreta (quizá mejor un grupo de figuras contractuales), alternativa frecuente entre operadores económicos europeos y americanos, y, por qué no, muy acorde con el tiempo económico en el que vivimos, como son los contratos de distribución. Y dentro del grupo que forman los contratos de distribución, centraremos nuestro trabajo, esto es, la proyección comparada de los Convenios de Roma y México, sobre aquéllos caracterizados por el mantenimiento de la independencia de cada operador comercial (fabricante y distribuidor), lo que viene a llamarse distribución indirecta, esto es, distribuidores autorizados (distribución selectiva), franquicia o concesión comercial; y dejaremos de lado aquellas formas de distribución directa vía revendedores dependientes, ya sea a través de órganos propios, filiales o sucursales, ya a través de órganos extraños, agentes comerciales, fundamentalmente⁶.

En fin, con el objetivo de verificar el alcance que tiene respecto de la selección de su régimen regulador la adopción por ambos Convenios de distintas vías de determinación de ley aplicable a la contratación internacional, comencemos, pues, por la proyección sobre los contratos de distribución de la regulación convencional relativa al ejercicio de la autonomía de la voluntad por fabricante y revendedor, para pasar posteriormente al análisis

6 C.A. GINER PARREÑO, *Distribución y libre competencia (el aprovisionamiento del distribuidor)*, Montecorvo, Madrid, 1994, pp. 53-58.

de aquellos casos en los que el operador jurídico se va a ver obligado a seleccionar judicialmente el Derecho rector del contrato, dejando para el final algunas cuestiones interesantes desde la óptica de las normativas de intervención (imperativas a nivel internacional), sobre todo, la posibilidad de introducción en el régimen del contrato de aquellas normativas protectoras de la libre competencia.

2.- A diferencia de algunos sistemas internos europeos y latinoamericanos, que la rechazan expresamente o la condicionan (contacto razonable con el contrato)⁷, tanto el Convenio de Roma de 1980 (art. 3 CR) como la Convención de México de 1994 (art. 7 CM) consagran el principio de la autonomía de la voluntad como criterio determinante de ley aplicable. El tenor de sus preceptos, al menos en lo que se refiere a la elección de un Derecho estatal, es en sustancia idéntico⁸, por lo que de la aplicación de uno u otro instrumento no se debería extraer una respuesta distinta respecto de la selección de la ley estatal aplicable al contrato.

Los contratos de distribución se regirán, por tanto, por la ley estatal elegida expresa o tácitamente por fabricante y revendedor, ya sea respecto de todo el contrato, ya sea respecto de lo que vendría a constituir una *parte contractual* autónoma⁹, esto es, los contratos de compraventa en ejecución del acuerdo-marco de distribución¹⁰. El Convenio de Roma y la Convención de México expresamente permiten, pues, tanto la elección de un Derecho estatal para todo el contrato como su fraccionamiento voluntario (*dépeçage*). En uno u otro caso, se revistiría de previsibilidad la selección de la ley aplicable a un tipo contractual cuya naturaleza compleja hace que esta operación devenga especialmente complicada para el operador jurídico en

7 M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/A.L. CALVO CARAVACA/M. VIRGÓS SORIANO/M.A. AMORES CONRADI/P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 149; M.B. NOODT TAQUELA, "Convención Interamericana sobre Derecho aplicable...", loc. cit., pp. 95-96.

8 D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome", *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1995, pp. 178-186, espec. p. 182.

9 Sobre el concepto de parte del contrato, *vid.*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional (fragmentación versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 105-122.

10 M.B. NOODT TAQUELA, "Convención Interamericana sobre Derecho aplicable...", loc. cit., p. 99, en alusión a contratos complejos en general; D. BERLIN, "Droit international et distribution internationale", *Dr. et prat. com. int.*, 1993, pp. 6-61, espec. pp. 45-46, en relación a la distribución.

aquellos casos en los que el pacto no exista (¿en defecto de pacto, resulta aplicable a toda parte contractual de todo contrato de distribución la ley seleccionada a través de los criterios del Convenio de Roma o la Convención de México en lo que afecta única y exclusivamente a los aspectos de la distribución; o, por el contrario, se sigue comportando autónomamente la parte concerniente a los contratos de aplicación o ejecución -suministro de mercancías-?; ¿pueden resultar aplicables a los contratos de ejecución aquellos instrumentos internacionales especialmente concebidos para cierto tipo de contratos -por ejemplo, Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional-, o su aplicación depende de los criterios empleados en la selección de la ley aplicable a los aspectos de la distribución?).

Por otro lado, no creemos que la ausencia en el Convenio de Roma de la expresa mención que hace la Convención de México de la expresión *Derecho elegido* y no *ley elegida*, y de la referencia concreta a la elección de foro como criterio no determinante en todo caso de una voluntad tácita (art. 7 CM), vaya a modificar el resultado en la determinación de la ley aplicable al contrato: la aplicación del Convenio de Roma demuestra que los términos *ley* y *Derecho* se entienden indistintamente para definir realidades semejantes, y la única elección de foro nunca constituyó argumento de expresión de elección tácita de ley en todo caso.

Quizá lo más llamativo sea, entonces, y sin entrar en la polémica generada entre los comentaristas sobre este aspecto (que nos limitaremos a asumir como posible a tenor de lo dispuesto en esta codificación), la para algunos posibilidad que se desprendería de la Convención de México (art. 9.2 CM), y ausente en el Convenio de Roma, de elección directa de la *lex mercatoria* como Derecho rector del contrato (contrato sin ley)¹¹; cuestión ésta que, sin sustraerse a las críticas vertidas sobre ella¹², nos parece especialmente interesante en relación con esta figura contractual ciertamente olvidada por el legislador interno e internacional¹³.

11 F.K. JUENGER, "The Interamerican Convention on the Law Applicable to International Contracts: some highlights and comparisons", *Am. J. Comp. Law*, 1994-II, p. 394; en otro sentido, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux...", *loc. cit.*, p. 182.

12 M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/A.L. CALVO CARAVACA/M. VIRGÓS SORIANO/M.A. AMORES CONRADI/P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 150-151.

13 Una panorámica de los distintos ordenamientos internos y las normas aplicables a la distribución, *Commercial agency and distribution agreements (Law and practice in the Member*

Desde la óptica de un operador obligado por el Convención de México, una eventual elección por fabricante y revendedor de la *lex mercatoria* como normativa rectora de su contrato supondría el sometimiento de sus relaciones de distribución a este grupo de pautas comerciales de comportamiento, con la única condición de su prueba. La aplicación de la *lex mercatoria* a este mismo contrato de distribución y en la existencia de esta misma cláusula de elección, ya desde la óptica de un operador obligado por el Convenio de Roma, estaría sometida, en cambio, a ciertos filtros, en concreto, el soporte de Derecho aplicable que requiere este Convenio. Operación ésta que, además de resultar, con carácter general, un plus añadido respecto de la situación anterior, y con carácter particular, esto es, respecto de contratos complejos como los de distribución, especialmente dificultosa (¿qué Derecho aplicable debe soportar una eventual elección de la *lex mercatoria* como reguladora del régimen general de un contrato de distribución?; ¿el que, en defecto de pacto, regularía los aspectos de la distribución, o el que regularía los aspectos relativos al suministro de productos contractuales; o ambos a la vez?. Quizá el relativo al contrato-marco de distribución, ya que de la elección de la *lex mercatoria* por fabricante y distribuidor parece reflejarse una voluntad común de aplicación de un único Derecho para todo el contrato), puede originar, como lógica consecuencia a la no superación de este filtro, la inaplicación al referido contrato de distribución de la *lex mercatoria* elegida por fabricante y revendedor.

El análisis *ex* Convenio de Roma o *ex* Convención de México de una misma cláusula de elección de la *lex mercatoria* (mismo aspecto) respecto de un mismo contrato de distribución (misma realidad) podría llevar, pues, a resultados distintos: una casi segura aplicación *ex* Convención de México (*lex mercatoria* como régimen rector de este contrato) o una posible inaplicación *ex* Convenio de Roma (la inadmisión conforme a la ley aplicable de la contratación sin ley supondría el sometimiento del contrato al Derecho seleccionado

States of the European Community and the European Free Trade Association), 2ª ed., AIJA, 1993; *Agency and distribution agreements. An international survey*, A. JAUSÁS (ed.), London-Dordrecht-Boston, 1994. En relación con el ordenamiento español y la ausencia de normativa expresa, F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, II, 18ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995, p. 186. Bélgica, en cambio, regula aspectos concretos de la figura en la *Ley de 27 de julio de 1961* relativa a la rescisión unilateral de los contratos de distribución exclusiva de duración indeterminada.

a través del art. 4 CR), con lo que no podría decirse que, desde el momento en que puede llegar a tener importantes consecuencias respecto del régimen rector de un concreto contrato, la inclusión de la posibilidad de elección directa de *lex mercatoria* en el articulado de la Convención de México y desconocida en el de Roma sea ciertamente gratuita.

Visto esto, pasemos, seguidamente, a realizar un breve análisis de los preceptos recogidos en ambos instrumentos diseñados para la selección de la ley aplicable en defecto de elección.

3.- Como criterio seleccionador de Derecho aplicable en defecto de elección, el art. 4 del Convenio de Roma opta por la noción de vinculación más estrecha (selección de la ley con la que el contrato presente los vínculos más estrechos), estableciendo para ello una serie de presunciones de vinculación con base en la idea de la prestación característica del contrato. Por su parte, el art. 9 del Convención de México acoge genéricamente la misma fórmula de aplicación de la ley con la que el contrato presente los vínculos más estrechos, pero, a diferencia del Convenio de Roma, opta por no proporcionar al operador jurídico ninguna presunción de vinculación estrecha (prestación característica, fundamentalmente)¹⁴.

A. La puesta en práctica del art. 4 CR en los contratos de distribución selectiva, como negocio a través del cual un distribuidor autorizado seleccionado con base en criterios cualitativos o territoriales y sin privilegio de exclusiva, se obliga a atraer la clientela del producto, así como a mantener superficies de exposición privilegiada y, en ocasiones, a prestar adecuada asistencia técnica, y en los contratos de distribución exclusiva, como negocio por medio del cual un fabricante otorga por un tiempo definido o indefinido la facultad de promoción y reventa de sus productos a un revendedor, normalmente con exclusividad para un área geográfica limitada y apoyándose

14 L. PÉREZNIETO CASTRO, "Introducción a la Convención interamericana sobre Derecho aplicable...", *loc. cit.*, p. 772; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux...", *loc. cit.*, p. 182; M.B. NOODT TAQUELA, "Convención Interamericana sobre Derecho aplicable...", *loc. cit.*, p. 104. Alabando la Convención de México por haber eludido la referencia a la prestación característica, F.K. JUENGER, "The Interamerican Convention on the Law Applicable to International Contracts...", *loc. cit.*, p. 392; L. PÉREZNIETO CASTRO, Coloquio, en *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado, Segovia, 1995, p. 208.

en el prestigio de una marca¹⁵, supone la atención a la actividad de promoción y reventa de los productos contractuales como prestación característica de la relación jurídica y, de acuerdo con el art. 4.2 CR, la aplicación de la ley del Estado de la sede del establecimiento del distribuidor¹⁶.

La aplicación de esta normativa vía presunción, justificada perfectamente por su vinculación a la economía del contrato (centro de gestión de los negocios de distribución, de indudable peso económico en la dirección de la red de distribución) solamente puede ser descartada, a tenor de lo dispuesto en el art. 4.5 CR, por la existencia de otra normativa más estrechamente vinculada, presumiblemente ligada, del mismo modo que la anterior, a la función económica del contrato¹⁷. En este sentido, fuera de aquellos casos (habituales, por otro lado) en los que coincida con la sede del establecimiento del revendedor¹⁸, el operador jurídico debería ponderar la aplicación de la normativa determinada por el lugar donde el distribuidor desenvuelve sus actividades de promoción y reventa o zona concedida, sobre todo cuando responde asimismo a la vertiente económica del contrato y es coincidente con aquellas normativas ligadas imperativamente a su relación jurídica (estatuto tutelar del distribuidor; normativa protectora de la libre competencia)¹⁹.

-
- 15 F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil...*, op. cit., p. 186; P. CRAHAY, *Les contrats internationaux d'agence et de concession de vente*, LGDJ, Paris, 1991, p. 11; R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Jovene, Napoli, 1979, p. 11; C. VERBRAEKEN, "La loi applicable aux contrats de concession de vente exclusive comportant un ou plusieurs éléments d'extranéité", en *Hommage a Jacques Heenen*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 557-570, espec. p. 557.
- 16 P. CRAHAY, *Les contrats internationaux d'agence et de concession de vente...*, op. cit., p. 20; P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contrats...", loc. cit., p. 309; G. BARBIERI/A. FRIGNANI, "Contratti di distribuzione", en A. FRIGNANI, *Il Diritto del commercio internazionale (manuale teorico-pratico per la redazione dei contratti)*, 2ª ed., Ipsoa Informatica, 1990, pp. 193-277, espec. p. 269. En la jurisprudencia, *Sent. Trib. de Versailles (12 Ch.) de 21 de mayo de 1986 (Recueil Dalloz, 1986, I.R., p. 308)*, o *Sent. Corte Cass. italiana de 16 de mayo de 1984, nº 2981 (Riv. dir. int. pr. proc., 1985, p. 590)*, como muestra.
- 17 Vid., H. GAUDEMET-TALLON, "Nota a *Sent. Cour Cass. de 23 de enero de 1979*", *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1979, p. 824; M. FALLON, "Nota a *Sent. Trib. de Lieja de 31 de marzo de 1983*", *Journ. Trib.*, 1984, p. 21; D. HOLLEAUX, "Nota a las *Sent. Cour Cass. de 23 de enero de 1979, Sent. Trib. de Amiens de 26 de abril de 1978 y Sent. Cour Cass de 27 de noviembre de 1979*", *Journ. dr. int.*, 1980, p. 340. En la jurisprudencia, *Sent. Cour Cass. francesa de 8 de enero de 1985 (Bull. civ., I, nº 8, p. 8)*; *Sent. Cour Cass. francesa de 27 de noviembre de 1979 (Bull. civ., I, nº 296, p. 239; Journ. dr. int., 1980, p. 333, con nota de D. HOLLEAUX)*; *Sent. Trib. Apel. de Bruselas de 10 de noviembre de 1977 (Journ. Trib., 1977, p. 343)*.
- 18 P. CRAHAY, *Les contrats internationaux d'agence et de concession de vente...*, op. cit., p. 21.
- 19 O. LANDO, "Contracts", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, chap. 24, vol. III, 1976, pp. 3-284, espec. p. 139.

La proyección del art. 4 CR sobre la franquicia es semejante a lo expuesto, si bien en este caso se traslada la prestación característica de la figura del franquiciado a la del franquiciador, esto es, la licencia del franquiciador respecto del franquiciado del elemento inmaterial de la empresa (suma de las licencias particulares de marca, rótulo común y de *know-how*) como aspecto definitorio del mismo²⁰. La esencia de la franquicia no se encuentra ya en una idea de cooperación entre empresas, de asociación comercial o de interés común²¹, sino en la repetición de los logros comerciales del franquiciador, constituyentes de la idea del *savoir-faire*²²; obligación de transmisión del *savoir-faire* que debe ser cumplimentada por el licenciante-franquiciador, a cambio de un canon pagable por el franquiciado, que adquiere su derecho a explotar la franquicia mediante remuneración. La presunción del art. 4 CR conduce, por tanto, a la aplicación de la ley de la sede del establecimiento del franquiciador, y, al igual que respecto de la distribución selectiva o exclusiva, solamente descartable *ex art.* 4.5 CR, de existir una conexión más fuerte (la vinculación a la zona concedida, por ejemplo) y en ausencia de intereses prevalentes (por ejemplo, la eventual intención de preservar la unidad contractual desaconsejaría atender al art. 4.5 CR en su

- 20 Vid., *Sent. Trib. de París de 27 de enero de 1955* (*Rev. trim. dr. civ.*, 1955, p. 330, con nota de H. MOTULSKY); *Sent. arbitral CCI, nº 4996* (*Journ. dr. int.*, 1986, p. 1132); CH. THOMAS-CHODKIEWICZ/A. RONZANO, "Le contrat-cadre en droit international", en A. SAYAG (dir.), *Le contrat-cadre (I.-Exploration comparative)*, Études du centre de recherche sur le droit des affaires, Litec, París, 1995, p. 311; PH. JESTAZ, "L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale", *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, 1985, pp. 273-297, p. 273 (sobre obligación fundamental en general); J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, tomo I, CEIPI, nº XXX, Litec, 1984, nº 35; M. VIVANT, *Juge et loi du brevet*, CEIPI, n. XX, Litec, 1977, p. 331; J.M. DELEUZE, "La commercialisation du savoir-faire non breveté", *J.-Cl. Brevet*, fasc. 450, 1984, nº 7; G. BARBIERI/A. FRIGNANI, "Contratti di distribuzione...", *op. cit.*, p. 268; C.M. SCHMITTHOFF, *Export Trade. The Law and practice of International Trade*, 9ª ed., Stevens, London, 1990, p. 262.
- 21 Nocións que se revelan hoy como superadas. D. FERRIER, "La franchise international", *Journ. dr. int.*, 1988, pp. 625-662, espec. p. 651; J. GUYENOT, "La franchise commerciale", *Rev. trim. dr. com.*, 1973, pp. 161-175, espec. pp. 162 y 172; D. FERRIER, "Nota a *Sent. Trib. com. de París, de 14 de febrero de 1979*", *Cahiers de droit de l'entreprise (La Sem. juridique, commercial et industriel)*, 1979, nº 6, p. 14.
- 22 Lo que verdaderamente se privilegia es la transmisión del disfrute de los elementos incorporales del contrato. *STJCE de 28 de enero de 1986*, As. C-161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* (*Rec.*, 1984, p. 391); *Regl. (CEE) nº 4087/88, de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988*, concerniente a la aplicación del apartado 3 del artículo art. 85 del Tratado (actual art. 81) a las categorías de los acuerdos de franquicia (*DOCE L 359*, de 28 de diciembre de 1988).

acercamiento a la ley del lugar de ejecución del contrato en aquellos casos de pluralidad de zonas concedidas).

B. La Convención de México, por su parte, obliga al operador jurídico a la selección de aquella ley con la que el contrato presente los vínculos más estrechos. Esta operación exige, entonces, la ponderación de aquellos índices propios de cada figura contractual, referidos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9 de la Convención de México, como "...todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato...", y todo ello, sin el apoyo de una serie de presunciones²³.

En los contratos de distribución, esta ponderación significa (debería significar) la atención a las conexiones de vinculación propias de la distribución selectiva, exclusiva y de la franquicia, esto es, fundamentalmente, los establecimientos de fabricante y revendedor y el lugar correspondiente a la zona concedida, que no son más que aquellos criterios generales y objetivos de vinculación estrecha, ligados a la economía del contrato y adecuados a la noción de distribución indirecta, de estructura de red que crea en el mercado y a la mayor o menor integración entre fabricante y distribuidor.

Desde el momento en que se parte de una semejanza en los intereses valorables, la ponderación por el operador jurídico obligado por la Convención de México de las reseñadas conexiones llevará (debería llevar), esta vez sin el apoyo de las presunciones, a resultados muy parecidos. No creemos, así, que, en los contratos de distribución selectiva o exclusiva, este operador jurídico deje de valorar una posible decantación por la aplicación de la ley del lugar donde se llevan a cabo las operaciones propias de promoción y reventa de los productos contractuales o zona concedida, coincidente en la mayoría de las ocasiones con la ley del lugar del establecimiento del distribuidor. Más todavía cuando esta referida decantación no se apartaría de las propuestas ofertadas en los trabajos preparatorios de la Convención de México, en las que, aunque finalmente no incorporadas a su texto, se proponía la presunción de vinculación estrecha con la ley del Estado en el

23 L. PÉREZNIETO CASTRO, "Introducción a la Convención interamericana sobre Derecho aplicable...", *loc. cit.*, p. 773, relaciona una serie de índices ponderables como elementos objetivos y subjetivos a considerar, tal como la residencia habitual o el establecimiento de las partes, lugar de celebración del contrato o su lugar de cumplimiento, o los contactos preliminares en la negociación.

que la parte que deba cumplir la prestación característica, siempre que dicha parte tenga además su residencia habitual o establecimiento principal (el proyecto de Tucson dejó a la consideración de la CIDIP el art. 10.2, en el que se disponía que "...se presume que el contrato tiene los vínculos más estrechos con el Estado en que la parte debe cumplir su prestación característica -y donde dicha parte tenga, además- o su residencia habitual o su establecimiento principal..."; y el proyecto Siqueiros disponía, a su vez, en su art. 8, que "...se presume que el contrato tiene los vínculos más estrechos con el Estado en que la parte manifiestamente más obligada en la relación contractual debe cumplir con su prestación, y donde tenga, además, su residencia habitual o establecimiento principal...")²⁴.

Ni creemos asimismo que el operador jurídico obligado por la Convención de México, en atención también a un posible objetivo final de unidad de régimen, deje de valorar una posible aplicación de la ley de la sede del establecimiento del distribuidor en caso de pluralidad de zonas concedidas²⁵. Decantación ésta que, como antes, tampoco se alejaría de algunas de las propuestas ofertadas por alguna de las delegaciones constituyentes de la Comisión de trabajo de la Convención. Uruguay propuso, para aquellos casos en los que el lugar en el que debe cumplirse la prestación característica no pudiera determinarse o fuera múltiple, que se presumiría que el contrato posee esta vinculación estrecha con el Estado donde la parte deudora de esta obligación tiene, en el momento de la celebración, su establecimiento comercial²⁶.

C. En esta coyuntura, la ausencia de presunciones (prestación característica) u otro criterio de orientación ofertado por la Convención de México, ante esta más que posible coincidencia de resultados, no significaría

24 Referencias recogidas en M.B. NOODT TAQUELA, "Convención Interamericana sobre Derecho aplicable...", *loc. cit.*, pp. 104-105.

25 En referencia a contratos complejos en general, M.B. NOODT TAQUELA, "Convención Interamericana sobre Derecho aplicable...", *loc. cit.*, p. 108. En distribución, O. LANDO, "Contracts", *loc. cit.*, p. 139. En la jurisprudencia, *Sent. Cour Cass. francesa de 22 de julio de 1986 (Rev. cr. dr. int. pr., 1988, p. 56, con nota de H. BATTIFOL)*, o la *Sent. Corte Cass. italiana de 16 de mayo de 1984, nº 2981 (Riv. dir. int. pr. proc., 1985, p. 590)*, en las que se aplicó la ley del lugar de la sede del establecimiento del revendedor a contratos de distribución con zona concedida abarcando el territorio de varios Estados.

26 Atención a la propuesta de la Delegación uruguaya recogida en M.B. NOODT TAQUELA, "Convención Interamericana sobre Derecho aplicable...", *loc. cit.*, p. 106.

más que la omisión legislativa de un criterio judicial orientador que no debería dejar de considerarse cara a la selección del Derecho aplicable. La prestación individualizadora del contrato siempre cobra una importancia cierta en esta operación de selección, también en contratos complejos como los propios de la distribución²⁷, sobre todo cuando el juez no ignora que las obligaciones de aquél que realiza la prestación característica son las que normalmente necesitan una mayor suplementación jurídica y suponen una mayor necesidad de delimitación²⁸ (esta parte soporta la carga más importante de la relación jurídica contractual), lo que es, cuanto menos, sinónimo de vinculación (merecedora, por tanto y al menos, de consideración a efectos de ley aplicable).

La ausencia de presunciones basadas en criterios objetivos (y la prestación característica lo está) no tiene por qué impedir, pues, la toma en consideración por un operador jurídico obligado por la Convención de México de aquellas circunstancias (conexiones de hecho o de Derecho) que conformarían la base de la presunción (de existir ésta), ni le va a impedir alcanzar el resultado que se alcanzaría de existir (estos) ciertos criterios orientadores, si bien un reconocimiento jurídico expreso a través de una eventual contemplación en una norma *ad hoc* dotaría siempre al juez de una mayor seguridad en el desenvolvimiento de las labores propias de su cargo y a las partes de una mayor previsibilidad en la identificación del Derecho aplicable (a más criterios orientadores, mayor previsibilidad)²⁹.

4.- Finalmente, aparte de las normas materiales imperativas del foro, de obligada contemplación por el operador jurídico (art. 7 CR; art. 11 CM)³⁰,

27 M.B. NOODT TAQUELA, "Convención Interamericana sobre Derecho aplicable...", *loc. cit.*, p. 107.

28 Palabras de M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/J.C. FERNÁNDEZ ROZAS/A.L. CALVO CARAVACA/M. VIRGÓS SORIANO/M.A. AMORES CONRADI/P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 165.

29 M.B. NOODT TAQUELA, "Convención Interamericana sobre Derecho aplicable...", *loc. cit.*, p. 107; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux...", *loc. cit.*, pp. 184-185. También, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, Coloquio, en *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado, Segovia, 1995, pp. 211-212, cuestionando la interpretación uniforme del art. 9 CM en la ausencia de criterios orientadores de la labor judicial.

30 En la jurisprudencia americana, *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center Inc.* (1963 *Trade Cases* 70.600; 1965 *Trade Cases* 71.352), relativo a determinados acuerdos entre la Federación suiza de fabricantes de relojes y varias empresas de distintos

apuntemos la posibilidad de introducción, desde la óptica de los Estados vinculados por la Convención de México y aquéllos otros vinculados por el Convenio de Roma, de normas materiales imperativas de terceros Estados (art. 7 CR; art. 11 CM)³¹. En concreto, interesan en esta sede las normativas internas relativas a la protección de la libre competencia y, desde el momento en que las relaciones América-Europa son numerosas en cuanto a este tipo de figura contractual (piénsese en el fabricante americano que crea una red de distribución exclusiva de sus productos contratando con empresarios

países, entre las que había empresas americanas y suizas, relativos a la fabricación y venta de relojes y piezas de los mismos, y a su venta, importación y exportación en Estados Unidos y otros países, en el que el Tribunal de Distrito de Nueva York aplicó la *Sherman Act de 2 de julio de 1890*, que prohíbe el monopolio y las restricciones de comercio, en la medida en afectaban al comercio de los Estados Unidos (su mercado), anulando los contratos celebrados.

- 31 Desde la óptica de Tribunales de Estados vinculados por el Convenio de Roma de 1980, sí se llegó a tomar en consideración la aplicación de normativas de terceros Estados (en este caso, Brasil o los Estados Unidos) relativas a la protección de la competencia. En la jurisprudencia, ilustrativa puede ser la *Sent. Trib. Apel. de París de 13 de julio de 1982* (*Journ. dr. int.*, 1983, p. 383, con nota de P.H. KAHN), aunque relativa a un contrato de agencia. Una empresa francesa y un exportador brasileño contactaron por medio de un agente que prometió al comprador francés una reducción del 12% del precio prohibida por la legislación brasileña de cambios (no admite las superiores a un 4%); ante la invocación por el exportador esta circunstancia, el juez decide su no aplicación "...al ser un contrato concluido en Francia, donde la sociedad compradora tiene su sede social y donde la mercancía debe ser entregada...". También, la *Sent. Trib. Apel. de Bruselas de 9 de diciembre de 1968* (*Pas.*, 1969, II, p. 44), esta vez desde el punto de vista de un juez (belga) que considera negativamente una norma material imperativa sobre libre concurrencia de un tercer Estado (la *Sherman Act* de 1890 de EE.UU. sobre prácticas restrictivas de competencia), a la que no dio aplicación dado que no afectaba al mercado americano (la concesión era para el Benelux), y considera positivamente la aplicación del art. 81 Tratado (antiguo art. 85), al afectar al mercado comunitario. Advance Transformer Co., fabricante americano de materiales eléctricos, acordó con un concesionario belga la distribución exclusiva de sus productos para los países del Benelux. Acordaron una exclusiva cerrada, en la medida en que el distribuidor se hacía con el monopolio absoluto, comprometiéndose la firma americana a impedir las importaciones paralelas en la zona concedida. Tiempo más tarde, la sociedad americana acordó la importación de algunos de sus productos en Bélgica y en Holanda con la sociedad Phillips, ocultado su acuerdo previo de distribución exclusiva. El distribuidor-concesionario belga demandó a las empresas implicadas, a lo que el empresario americano alegó la nulidad de su contrato de distribución exclusiva por violar la *Sherman Act*. Las partes no habían elegido ley alguna y el Tribunal aplicó el Derecho belga, no reconociendo aplicabilidad a la ley imperativa extranjera de la competencia, a pesar, según palabras del Tribunal, de ser de orden público. La empresa americana adujo también violación del art. 81 del Tratado (antiguo art. 85), que fue parcialmente considerada, al limitar la eficacia del contrato hasta el momento de entrada en vigor del *Regl. (CEE) nº 17/62, del Consejo*, pues se consideró que antes de este Reglamento el art. 81 (antiguo art. 85) no podía desplazar sus efectos.

revendedores para la Comunidad como zona concedida³²), la toma en consideración de la normativa comunitaria sobre esta materia (arts. 81 y 82 TCE, antiguos arts. 85 y 86), siempre y cuando los efectos de la conducta anticompetitiva se produzcan sobre territorio comunitario.

Por otro lado, en aquellos casos en los que se decida la infracción competencial por parte de una empresa fabricante situada fuera de la Comunidad, que opere dentro de los límites de la misma a través de revendedores autorizados o exclusivos, situados dentro o fuera de la Comunidad, la sanción de nulidad de los acuerdos anticompetitivos (art. 81.2 TCE, antiguo art. 85.2), la inmediata cesación de los comportamientos contrarios a los arts. 81 y 82 TCE -antiguos arts. 85 y 86- (*ex* Decisión de la Comisión) y una eventual multa pecuniaria por parte de la Comisión (art. 15 del *Regl. (CEE) nº 17/62, de 6 de febrero, del Consejo*; ya sea por infracción deliberada de la normativa comunitaria o por ignorancia inexcusable de esta infracción, según lo dispuesto en la *STJCE de 8 de febrero de 1990*³³ relativa a un contrato de distribución con pacto en exclusiva y cláusula de protección territorial absoluta en favor de un distribuidor, destinada a controlar las importaciones paralelas), imponibles a toda empresa infractora, se ve dificultada a la hora de su ejecución efectiva fuera del territorio comunitario, sobre todo, respecto de empresas situadas fuera de la Comunidad³⁴, de ahí la importancia de la cooperación internacional entre autoridades competentes en materia de concurrencia, como se muestra, aunque sea solamente respecto de los Estados Unidos, por medio del *Acuerdo CE-EE.UU. de 23 de septiembre de 1991*³⁵, o *Acuerdo CE-EE.UU. de 4 de junio de 1998*, sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de las normas de competencia³⁶.

32 A diferencia del Convenio de Roma de 1980, el art. 1 de la Convención de México exige para su aplicación que las partes (en el caso, fabricante y revendedor) estén establecidas en Estados contratantes (residencia habitual, establecimientos) o que el contrato posea contactos objetivos con más de un Estado parte (sobre la cuestión, L. PÉREZNIETO CASTRO, "Introducción a la Convención interamericana sobre Derecho aplicable...", *loc. cit.*, p. 771). En el caso, se trataría, por ejemplo, de fabricante y revendedor con establecimientos en Estados parte de la Convención de México y zona concedida abarcando el territorio de la Comunidad Europea.

33 *STJCE de 8 de febrero de 1990*, As. C-279/87, *Tipp-Ex GmbH (Rec., 1990, p. 261)*.

34 B. GOLDMAN/A. LYON-CAEN/L. VOGEL, *Droit commercial européen*, 5ª ed., Paris, 1994, pp. 729-733.

35 Acuerdo CE-EE.UU. de 23 de septiembre de 1991, *Int. Legal Materials*, 1991, p. 1487.

36 Acuerdo CE-EE.UU. de 4 de junio de 1998, sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de las normas de competencia, *DOCE L 173*, de 18 de junio de

5.- En fin, a través de lo que es la lectura del articulado de la Convención de México de 1994 y del Convenio de Roma de 1980 sobre obligaciones contractuales, no hemos tratado sino de poner de manifiesto algunas de las cuestiones que nos sugería la traducción práctica de sus preceptos relativos a la selección de ley aplicable. En concreto, fundamentalmente, amén de la proyección de las normativas de intervención, de juego semejante en ambos Convenios, consideración de la posibilidad de alcanzar distintas soluciones en caso de elección de *lex mercatoria* como régimen regulador de los contratos de distribución (no así en elección de una ley estatal, donde se llegará a respuestas sustancialmente idénticas), y más que probable semejanza de soluciones en defecto de elección de ley (la ausencia de presunciones en la Convención de México no debería impedir llegar a soluciones aproximadas, pero dificulta la seguridad y previsibilidad jurídica). Ahora bien, desde el momento en que este análisis se ha realizado en atención a una concreta figura contractual, los contratos de distribución, los (estos) resultados de la comparativa deben considerarse a través del filtro de la parcialidad que exige esta circunstancia. Es otra sede, claro está, la que debería desarrollar más en general estas y otras problemáticas, las (pocas) apuntadas y las (muchas) por apuntar, ratificando o, por el contrario, desechando las consideraciones expuestas.

1998. En referencia a estas cuestiones, S. GARCÍA CANO, "La cooperación internacional en el ámbito del Derecho de la Competencia: especial referencia a las relaciones euroamericanas", *Rev. Der. Comunitario Europeo*, 1998, pp. 721-741; W.K. WALDER, "Extraterritorial application of U.S. Antitrust Laws: the effect of the European Community-United States Antitrust Agreement - Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their Competition Laws", *Harvard Int. L. Journal*, 1992, pp. 583-591.