

# LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL EN EL REGLAMENTO ROMA I\*

HILDA AGUILAR GRIEDER  
*Profesora titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universidad de Huelva*

Recibido: 18.12.2008 / Aceptado: 12.01.2009

**Resumen:** En el marco del Reglamento “Roma I”, existen dos instrumentos jurídicos muy adecuados para contrarrestar las consecuencias negativas que se producen, en relación con los contratos de distribución, como consecuencia de la amplia autonomía conflictual conferida por el art. 3 del Reglamento: la cláusula general que aparece consagrada en su apartado 4º (susceptible de aplicación cuando los “elementos pertinentes” del contrato de distribución se encuentren localizados en los Estados miembros) y las normas materiales internacionalmente imperativas. Y, en defecto de elección de ley por las partes, habrá de estarse a las normas de conflicto especiales contenidas en el 4.1.e) y f), detrás de las cuales subyace, aunque tímidamente, el principio tuitivo, el cual se expresa en términos, más que de justicia material, de justicia conflictual.

**Palabras clave:** conflicto de leyes, contratos internacionales de distribución, Reglamento “Roma I”, Derecho aplicable, normas materiales internacionalmente imperativas.

**Abstract:** Within the framework of the Rome I Regulation, there are two suitable and legal instruments for offsetting the negative outcomes that occur in relation to the international distribution contracts, which is a consequence of the wide party autonomy granted by article 3 of the Regulation. The first legal instrument is the general clause that appears in 4th paragraph. It shall be applied when the “relevant elements” of the distribution contract are located in the Member States. The second legal instrument would be the mandatory rules. In the absence of the parties' choice of applicable law, we should follow the special conflict-of-law rules. These rules are set down in article 4.1 e) and f). Behind these rules there exists, although not forcibly stated, the principle of the protection of the weaker party, the distributor.

**Key words:** conflict-of-laws, international distribution contracts, “Rome I Regulation”, applicable law, mandatory rules.

**Sumario:** I. La importancia de la distribución comercial en el actual tráfico mercantil internacional. – II. La ley aplicable a los contratos internacionales de distribución comercial en el marco del Reglamento “Roma I”. 1. Introducción: principios subyacentes a la regulación del Reglamento “Roma I”. 2. Alcance de la autonomía conflictual en los contratos internacionales de distribución comercial. 3. Ley objetivamente aplicable a los contratos internacionales de distribución comercial.

## I. La importancia de la distribución comercial en el actual tráfico mercantil internacional

1. En el marco de la globalización o de la mundialización de la economía, cada vez es más frecuente que las personas demanden productos que se producen o fabrican en otros países. Las empresas,

---

\* Dicho artículo constituye la base de la ponencia presentada en el Seminario de Otoño de Derecho Internacional Privado sobre “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, celebrado el día 21 de noviembre de 2008, en la Universidad Carlos III de Madrid, y dirigido por el profesor ALFONSO L. CALVO CARAVACA.

con el objeto de colocar sus productos o servicios en los distintos mercados para hacerse más competitivas, tienden a incrementar sus redes de distribución. Los fabricantes pueden vender sus productos o servicios, tanto de un modo directo (por medio de representantes comerciales asalariados, filiales o sucursales), como indirecto (a través de intermediarios independientes instalados en los mercados en los que se pretende distribuir el producto o servicio de que se trate). Los productores suelen optar por el sistema de distribución indirecto, por una parte, para evitar los altos costes fijos y las elevadas inversiones de capital que el sistema de distribución directo lleva aparejados y, por otra parte, por razones de eficacia, esto es, por la especialización que caracteriza a los intermediarios independientes, los cuales conocen el mercado en el cual el fabricante o exportador desea introducir un concreto producto o servicio. El sistema de distribución indirecto se materializa por medio de los denominados contratos de distribución, los cuales constituyen un subgrupo de los contratos de colaboración. En el ámbito internacional, por medio de los contratos de distribución comercial se consigue que los productos o servicios se vendan en mercados ajenos a aquel en el cual la empresa que los fabrica tiene su establecimiento profesional. Tienen la consideración de contratos de distribución comercial la agencia, la concesión y la franquicia. Dichas técnicas de distribución indirectas de bienes y servicios se caracterizan por su elevada eficacia desde el punto de vista coste-beneficio, lo cual justifica su amplia utilización en el ámbito del comercio internacional. De los referidos contratos de distribución comercial, es el contrato de agencia el que mayor interés legislativo ha suscitado (tanto a nivel nacional como comunitario).

2. Una de las peculiaridades más llamativas de los contratos de distribución comercial es la situación de desequilibrio existente, con carácter general, en la posición negocial de las partes. Pese a que existen ciertos casos en los cuales el distribuidor comercial (agente, concesionario y franquiciado) tiene un gran poder negociador, lo habitual es que el fabricante o exportador le imponga los términos del contrato. Como posteriormente expondremos, a esta situación se ha tratado de hacer frente, en el seno de algunos ordenamientos jurídicos estatales, estableciendo, ya sea por la vía legal o por la jurisprudencial, un estatuto tutelar del distribuidor. En todo caso, no en todos los Estados está presente dicho principio tuitivo del distribuidor, lo cual dota a la problemática relativa a la protección del mismo frente al productor o exportador, en los contratos de distribución comercial internacional, de una particular relevancia práctica. La ya aludida situación de desequilibrio, latente en este tipo de contratos mercantiles, se hace más acusada en relación con la terminación de los mismos, ya que es en este momento en el cual mayor necesidad de protección merece el distribuidor comercial frente a los posibles abusos del fabricante. De hecho, en la práctica, la problemática que mayor litigiosidad suscitan los contratos de distribución comercial, de carácter indefinido, es la relativa a la percepción o no por el distribuidor, bajo determinadas condiciones, de indemnizaciones (así como, en caso afirmativo, el tipo y el montante de las mismas) por la finalización del contrato por la voluntad unilateral del fabricante sin mediar causa que lo justifique, esto es, por causa no imputable al distribuidor comercial. En el seno de los ordenamientos jurídicos estatales, incluso en aquellos detrás de los cuales late el principio tuitivo del distribuidor (en sentido amplio), se aprecian amplias divergencias por lo que a esta cuestión se refiere, las cuales están en clara consonancia con el grado de protección que el correspondiente Estado quiera otorgar al distribuidor comercial frente al productor.

3. En el marco de la U.E., la necesidad de corregir el referido desequilibrio en la posición negocial de las partes, existente en la mayor parte de los contratos de distribución comercial, ha motivado la elaboración de la Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes<sup>1</sup>, cuyo proceso legislativo se extendió durante más de veinte años debido a la oposición que manifestaron algunos Estados miembros (especialmente el Reino Unido), al texto original, por considerar que el mismo limitaba excesivamente el ámbito de la libertad contractual; oposición que ha motivado, en última instancia, que la Directiva sea una Directiva "de mínimos" y que, por consiguiente, conceda a los Estados miembros, en relación con determinados aspectos, un amplio margen de maniobra para elegir entre las distintas soluciones propuestas, así como para establecer un régimen más gravoso para el principal. La referida Directiva comunitaria sólo se ocupa de la relación jurídica existente entre el agente y el princi-

---

<sup>1</sup> DOCE, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382.

pal y, más en concreto, de las cuestiones de dicha relación que mayor litigiosidad suscitan: los derechos y obligaciones del principal y del agente derivados del contrato que han concluido (cuya regulación en la Directiva se caracteriza por su carácter minimalista), la remuneración del agente, la celebración del contrato de agencia y, sobre todo, los aspectos relacionados con su terminación tales como el preaviso, las indemnizaciones debidas al agente tras la rescisión unilateral del contrato, la cláusula de no competencia, etc. (que son, precisamente, los que constituyen el núcleo duro de la misma).

4. La referida Directiva comunitaria, que ha llevado a cabo la armonización de las legislaciones nacionales sobre el contrato de agencia de los Estados miembros de la UE, ha consagrado un estatuto tutelar del agente en aras de la consecución de un doble objetivo: por un lado, propiciar la consecución del principio de una competencia no falseada en el seno de la UE, favoreciendo, de este modo, el buen funcionamiento del mercado común y, por otro lado, asegurar, dentro del área comunitaria, una protección mínima uniforme al agente comercial en sus relaciones con el principal. Pese a que algunos autores han puesto en tela de juicio el éxito de la Directiva de agencia en la consecución de los objetivos por la misma perseguidos debido a sus imperfecciones, originadas precisamente por la necesidad de llegar a un compromiso político entre los Estados miembros para que la susodicha Directiva viese la luz, es innegable que ésta ha contribuido a reducir, en gran medida, la elevada inseguridad jurídica existente hasta el momento de su entrada en vigor, ya que, antes de la transposición de los mandatos contenidos en la misma a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, algunos de dichos países (por ejemplo, España) carecían de una regulación específica para el contrato de agencia (lo cual sigue ocurriendo, en la actualidad, en relación con los restantes contratos de distribución comercial), con los consiguientes perniciosos efectos que ello conllevaba para el mercado comunitario (consecuencias negativas que actualmente continúan produciéndose con respecto a los restantes contratos de distribución comercial)<sup>2</sup>.

5. Los Estados comunitarios han transpuesto correctamente, a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes. En nuestro país, su transposición se ha llevado a cabo por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia<sup>3</sup>, la cual, al igual que otras legislaciones nacionales de los Estados miembros, ha regulado muchas cuestiones no previstas por la Directiva de agencia, aspectos éstos que quedan excluidos del alcance del principio de primacía comunitario. De conformidad con el art. 1 de la Ley de 27 de mayo de 1992, por el "contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra (principal) de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones". Por lo tanto, el eje central del contrato de agencia comercial lo constituye la actividad de promoción, que constituye la obligación principal del agente. La promoción consiste en colocar el producto o, en su caso, el servicio del principal en un determinado mercado o mercados, es decir, en captar clientela y entablar las negociaciones oportunas en el correspondiente mercado. La actividad de promoción llevada a cabo por el agente comercial, siempre por cuenta ajena, consiste en poner en contacto al fabricante o exportador con el cliente o importador. Con carácter general, el agente comercial únicamente está facultado para llevar a cabo la referida actividad de promoción; pudiéndose hablar, en estos casos, de "agente negociador". No obstante, en ciertos casos aislados, el principal habilita al agente comercial, por medio del correspondiente poder de representación, a concluir con el cliente, que el agente haya captado en el mercado que le haya sido atribuido, los contratos de venta de los referidos productos o servicios en nombre y por cuenta del principal (recibiendo el agente, en este caso, la denominación de "agente contratante"). Por lo tanto, el agente sólo podrá contratar, y siempre en nombre y por cuenta del principal, cuando se le haya otorgado el correspondiente poder para ello. En estos casos, la actividad de conclusión de operaciones comerciales, al igual que la de promoción, constituirán las "obligaciones principales" del agente comercial. Por otro lado, al agente comercial le corresponden determinadas "obligaciones instrumentales", cuyo cum-

<sup>2</sup> Un análisis del contrato internacional de agencia comercial, así como del impacto que la referida Directiva comunitaria ejerce sobre el mismo, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007.

<sup>3</sup> BOE, de 29 de mayo de 1992, núm. 129.

plimiento es imprescindible para la efectiva realización de su obligación principal, y que traen causa del deber genérico del agente de actuar lealmente y de buena fe en el ejercicio de su actividad profesional. Tal es el caso, por ejemplo, del deber del agente de proporcionar información al principal durante la vigencia del contrato. Las "obligaciones instrumentales" del agente han de ser claramente distinguidas de sus "obligaciones accesorias", las cuales pueden pactarse por las partes incluso con posterioridad a la conclusión del correspondiente contrato de agencia. Al margen de lo señalado, algunos contratos de agencia contienen determinadas cláusulas contractuales. Tal es el caso de la "cláusula de exclusividad" (que impide al agente comercial ejercer su actividad profesional para otros empresarios), de la "cláusula de no competencia" (que prohíbe al agente realizar ciertas actividades profesionales, en el mercado en el cual ejerza su función para el principal, durante la vigencia del contrato y durante un cierto plazo tras su extinción) y de la "cláusula del credere" (por virtud de la cual el agente asume el riesgo de las operaciones comerciales que realice). Por su parte, el deber genérico del principal de actuar lealmente y de buena fe, en sus relaciones con el agente comercial, se descompone en diversas obligaciones específicas, entre las que se encuentra la de satisfacer al agente la remuneración pactada (siendo ésta su obligación principal), la de ofrecer al agente la información necesaria para distribuir el producto o servicio en cuestión en el correspondiente mercado, etc.

6. Otras modalidades contractuales, muy extendidas en el tráfico comercial internacional, son la concesión comercial y la franquicia, las cuales, al igual que la agencia mercantil, también quedan encuadradas dentro de los contratos de colaboración y, más específicamente, dentro de los llamados contratos de distribución comercial. A diferencia de lo que acontece con el contrato de agencia comercial, en que el agente actúa en nombre y por cuenta del fabricante o exportador, en el contrato de concesión y en el de franquicia, tanto el concesionario como el franquiciado, actúan en nombre y por cuenta propia, esto es, compran y revenden el producto o servicio de que se trate.

7. Por virtud del contrato de concesión mercantil (denominado, en ocasiones, como contrato de distribución en exclusiva), un empresario (concedente o suministrador) vende sus productos a otro empresario independiente (concesionario o distribuidor), generalmente en régimen de exclusividad y para un determinado territorio, para que éste proceda a la reventa de los mismos, en nombre y por cuenta propia, en el territorio que le haya sido asignado<sup>4</sup>. De este modo, en dicha categoría contractual, al concedente le corresponden, fundamentalmente, las siguientes obligaciones: suministrar al concesionario, normalmente en régimen de exclusividad y para el territorio que le haya sido atribuido (el cual suele coincidir con el de su establecimiento profesional), los productos que hayan sido pactados en el contrato; así como proporcionar al concesionario la información necesaria para el adecuado desenvolvimiento de su actividad. Y, entre las obligaciones principales del concesionario, está la de adquirir del concedente las mercancías que hayan sido estipuladas en el correspondiente contrato; la de promocionar y distribuir los referidos productos en el territorio que le haya sido adjudicado; la de actuar lealmente y de buena fe en sus relaciones con el concedente (lo cual se traduce en diversas obligaciones específicas, entre las que se encuentra la de proporcionar a éste la información necesaria sobre el desarrollo de su actividad); así como la de prestar un

---

<sup>4</sup> Por lo que al contrato internacional de concesión comercial se refiere, vid., muy especialmente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La lucha por la prestación característica (I): los contratos internacionales de distribución", en A.L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDENA (Dir.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 349-369; M.A. DOMÍNGUEZ GARCÍA, "Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial", en A.L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dir.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1275-1384; C. ESPLUGUES MOTA Y OTROS, *Derecho del comercio internacional*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 252-254; J.J. FORNER DE LAYGUA / G. GARRIGA SUAU / C. PARRA RODRÍGUEZ, *Materiales de Derecho del comercio internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 273-487; E. GUARDIOLA SACARRERA, *Contratos de colaboración en el comercio internacional. Intermediación. Agencia. Distribución. Transferencia de Tecnología. Franquicia. Joint-Venture. Agrupaciones*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2004, pp. 103-146; P. JUÁREZ PÉREZ, "Contratos internacionales de distribución", en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Curso de contratación internacional*, 1ª ed., Colex, Madrid, 2003, pp. 333-359; A. DURÁN AYAGO, "Contratos internacionales de distribución", *ibid.*, 2ª ed., 2006, pp. 413-440; J. MASEDA RODRÍGUEZ, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil, De conflictu legum*. Estudios de Derecho internacional privado, Núm. 2, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2000; así como P.A. de MIGUEL ASENSIO, "Contratos de colaboración", *Derecho de los negocios internacionales*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2007, pp. 501-560, pp. 508-514, núms. 572-579.

servicio post-venta de los productos que comercializa. El contrato de concesión puede presentarse bajo dos modalidades diferentes, en función de si el mismo incorpora o no en su seno una cláusula de exclusividad: concesión en exclusiva y concesión selectiva. Con independencia de cuál sea la modalidad adoptada, se trata de un contrato de carácter complejo, ya que en la concesión están presentes elementos propios o característicos, tanto del contrato de compraventa, como del contrato de agencia; lo cual dificulta en muchas ocasiones, en la práctica, su delimitación con respecto a las señaladas figuras jurídicas.

8. Otra modalidad contractual en expansión, que exige de una estrecha colaboración entre las partes, lo constituye la franquicia (internacional), la cual goza de una gran relevancia económica en el actual tráfico comercial internacional. Tal como ha puesto de manifiesto el art. 2 del Real Decreto 2485/1998, de 13 de noviembre, relativo a la regulación del régimen de franquicia y el registro de franquiciadores<sup>5</sup>, la franquicia es un “contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios”<sup>6</sup>. En concreto, al franquiciador le corresponden las siguientes obligaciones: suministrar al franquiciado las mercancías o servicios que éste haya de comercializar en el mercado asignado (respetando, en su caso, la cláusula de exclusividad); programar campañas publicitarias; ceder al franquiciado el uso de sus derechos de propiedad intelectual e industrial (tales como la marca o el nombre comercial), sin perjuicio de controlar el uso de la marca; comunicar al franquiciado unos conocimientos técnicos o un “saber hacer” (*know-how*), que deberá ser “propio, sustancial y singular”; prestar al franquiciado, de forma continua, una asistencia comercial o técnica o ambas durante la vigencia del contrato (proporcionándole la información y formación [inicial y continua] que precise para el desarrollo de su actividad)<sup>7</sup>. Y, entre las obligaciones del franquiciado, cabe destacar las siguientes: comercializar, en un determinado territorio, los productos o servicios que el franquiciador le haya suministrado (respetando sus indicaciones); así como actuar lealmente y de buena fe en sus relaciones con el franquiciador (deber genérico que incluye, fundamentalmente, las siguientes obligaciones específicas: satisfacer al franquiciador, a cambio de los derechos concedidos, una contraprestación económica consistente en un canon [de entrada y de publicidad] y unos *royalties* mensuales, proporcionarle la información necesaria sobre el desenvolvimiento de su actividad profesional, no hacerle la competencia y el deber de confidencialidad [que consiste en guardar secreto empresarial sobre la información recibida y sobre los derechos que el franquiciador le haya cedido para su uso]).

9. En palabras del “Resumen Ejecutivo” de la Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional (dicha Guía, que fue elaborada por la UNIDROIT en el año 1998, es denominada comúnmente como “Guía UNIDROIT de franquicia”), uno de los atractivos de la franquicia es que permite que todos los miembros de la red puedan identificarse con el nombre comercial y/o marca del franquiciador; lo cual conlleva ciertos riesgos para el franquiciador que se han de tratar de minimizar<sup>8</sup>. En contraprestación a lo señalado, el franquiciador mantiene el control sobre la red de la franquicia (control del uso de la marca, protección del *know-how*, etc.). En definitiva, la franquicia es un contrato complejo, ya que en esta categoría contractual están presentes elementos propios de otras figuras jurídicas y, muy especialmente, de la compraventa, de la asistencia técnica y de la cesión (o de la licencia) de derechos de la

---

<sup>5</sup> RCL 1998\2769. Dicho Real Decreto, que desarrolla el art. 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia y crea el Registro de Franquiciadores (RCL 1996\148 y 554), ha sido modificado por el Real Decreto 419\2006, de 7 de abril, relativo a la regulación del régimen de franquicia y registro de franquiciadores (RCL 2006\869).

<sup>6</sup> En relación con el contrato internacional de franquicia, vid., muy especialmente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, 2005, especialmente p. 359; A. DURÁN AYAGO, *loc. cit.*, 2006, pp. 426-430; C. ESPLUGUES MOTA Y OTROS, *op. cit.*, 2006, pp. 254-257; E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, 2004, pp. 255-289; P. JUÁREZ PÉREZ, *loc. cit.*, 2003, pp. 342-344; así como P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, 2007, pp. 514-522, núms. 580-588.

<sup>7</sup> Estas tres últimas obligaciones han sido consideradas, por el art. 2 del anteriormente citado Real Decreto 2485\1998, como las básicas de toda actividad de franquicia.

<sup>8</sup> UNIDROIT, Roma, 2005 (<http://www.unidroit.org>); UNIDROIT, *Guía sobre los Acuerdos de Masterfranquicia Internacional*, 2ª ed., Roma, 2007.

propiedad industrial e intelectual. Al margen de lo señalado, un contrato de franquicia puede estructurarse de muy distintas formas o maneras (directa o indirecta, total o parcial, contractual o societaria, etc.). Uno de los criterios fundamentales para la clasificación de los contratos de franquicia es el del objeto. Atendiendo a su objeto, podemos distinguir tres tipos diferentes de franquicia: la de producción (que puede incluir, además de la producción, la distribución), la de servicios y la de distribución. Con carácter general, el acuerdo de franquicia tan sólo tendrá la consideración de internacional cuando el franquiciador explote su franquicia en un mercado extranjero, lo cual se produce cada vez con mayor frecuencia en la práctica. Tal como señala el “Informe Explicativo” de la Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia (adoptada por la UNIDROIT el 25 de septiembre de 2002), al tratar de la franquicia internacional, el contrato de franquicia principal (también denominado como acuerdo o contrato de masterfranquicia) es el “instrumento más comúnmente adoptado para la expansión internacional”<sup>9</sup>. Los contratos de franquicia principal internacional suelen ser de larga duración, “extendiéndose a menudo durante veinte años o más en consideración de las inversiones sustanciales y esfuerzos necesarios para establecer y desarrollar un sistema de franquicia en un país extranjero”<sup>10</sup>. Dichos acuerdos se caracterizan por estructurarse a tres niveles, ya que en ellos intervienen tres partes: el franquiciador, el sub-franquiciador y los sub-franquiciados. En los susodichos contratos cabe distinguir dos categorías de relaciones jurídicas (así como la primera goza de carácter internacional, la segunda suele ser meramente interna): por un lado, la existente entre el franquiciador y el sub-franquiciador o franquiciado principal (a cambio de los derechos concedidos por el primero, el sub-franquiciador debe satisfacerle una compensación económica, generalmente en forma de cuotas iniciales y/o periódicas) y, por otro lado, la que vincula a éste con los sub-franquiciados (que se materializa a través de los llamados contratos de sub-franquicia, los cuales no suelen presentar ningún elemento de internacionalidad, ya que, con carácter general, no existe una relación directa entre el franquiciador [que, como consecuencia de actuar en un mercado extranjero, es el que introduce el elemento de extranjería] y los sub-franquiciados).

## II. La ley aplicable a los contratos internacionales de distribución comercial en el marco del Reglamento “Roma I”

### 1. Introducción: principios subyacentes a la regulación del Reglamento “Roma I”

10. La elaboración por las instituciones comunitarias del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>11</sup> ha estado motivada por una doble necesidad: por un lado, la de transformar o convertir un Convenio internacional comunitario (el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>12</sup>) en Reglamento comunitario (adoptado sobre la base jurídica prevista en los actuales arts. 61 c) y 65 b) del TCE) y, por otro lado, la de modernizar o actualizar algunas de sus normas, adaptándolas a la actual realidad, al comercio electrónico (no en vano, con independencia de los resultados finalmente alcanzados, era el art. 5 del Convenio de Roma [relativo a los contratos de consumo] el precepto que en mayor medida demandaba una modificación sustancial)<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Vid. el núm. 14 del referido “Informe Explicativo” (<http://www.unidroit.org>).

<sup>10</sup> Vid. el “Resumen Ejecutivo” de la anteriormente mentada “Guía UNIDROIT de franquicia”.

<sup>11</sup> DOUE, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6.

<sup>12</sup> DOCE, de 9 de octubre de 1980, núm. L 266; BOE, de 19 de julio de 1993, núm. 171; Corrección de errores: BOE, de 9 de agosto de 1993, núm. 189. La adhesión al Convenio de Roma, el 14 de abril de 2005, por los diez Estados miembros incorporados a la UE el 1 de mayo de 2004, ha hecho necesario elaborar una versión consolidada del mismo (DOUE, de 30 de diciembre de 2005, núm. C 334). Vid., igualmente, el Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la adhesión de los susodichos diez Estados miembros de la UE al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como a los Protocolos Primero y Segundo relativos a su interpretación por el TJCE, hecho en Luxemburgo el 14 de abril de 2005 (BOE, de 13 de agosto de 2007, núm. 193); así como la Decisión del Consejo, de 8 de noviembre de 2007, sobre la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (DOUE, de 29 de diciembre de 2007, núm. L 347/1).

<sup>13</sup> Vid. el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (pp. 13-18), presentado por la Comisión el 14 de enero de 2003, COM (2002) 654 final; el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el referido Libro Verde, pp. 1-3 (DOUE, de

11. Por una parte, detrás del Reglamento “Roma I” subyace la voluntad de conciliar el mismo con otros instrumentos comunitarios y, más en concreto, en sede de Derecho aplicable, con el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)<sup>14</sup>; en la esfera procesal, con el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento “Bruselas I”); y, en el plano del Derecho comunitario derivado, con las Directivas comunitarias sectoriales protectoras de la parte débil de la relación contractual (las cuales han sido elaboradas por las instituciones comunitarias con la finalidad de adaptarse a las peculiares necesidades del mercado interior en sectores concretos de la contratación: consumo, agencia, trabajo y seguros). En aras del principio de conciliación del DIPr comunitario con el Derecho comunitario material, preconizado por los profesores E. JAYME Y C. KOHLER<sup>16</sup>, habrá de existir una coherencia valorativa o armonía en el seno del ordenamiento jurídico comunitario y, muy especialmente, entre los señalados textos internacionales de alcance general (“Roma I” y “Bruselas I”) y las disposiciones materiales (imperativas) de las referidas Directivas comunitarias sectoriales<sup>17</sup>; concibiéndose todos ellos como instrumentos complementarios. Y, por otra parte, detrás del Reglamento “Roma I” también subyace la voluntad de potenciar la previsibilidad de sus respuestas jurídicas, de sus soluciones y, en última instancia, de reforzar la seguridad jurídica, ya que, pese a que en el Reglamento “Roma I” también está presente el binomio flexibilidad/previsibilidad, la batalla la gana finalmente este último valor.

12. En sintonía con el objetivo de potenciar la seguridad jurídica y con la tendencia a la especialización del Derecho, en general, y del DIPr, en particular (que se ha hecho claramente patente desde el último tercio del siglo XX)<sup>18</sup>, el Reglamento “Roma I” manifiesta el deseo del legislador comunitario de alcanzar una mayor especialización en las soluciones. De este modo, frente a la generalidad del Convenio de Roma, el Reglamento “Roma I”, que también es un instrumento internacional de alcance sectorial que incluye dentro de su ámbito de aplicación material a la generalidad de los contratos internacionales, se caracteriza, en lo que atañe a sus respuestas jurídicas, por su acusada especificidad, ya que el mismo dota de un régimen específico a un mayor número de contratos internacionales; permitiendo, de este modo, tomar en consideración las particularidades que presentan determinados contra-

---

30 de abril de 2004, núm. C 108/1); la Propuesta de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (pp. 2-3), presentada por la Comisión el 15 de diciembre de 2005, COM (2005) 650 final; así como el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la mencionada Propuesta, pp. 56 y 57 (DOUE, de 23 de diciembre de 2006, núm. C 318/56).

<sup>14</sup> DOUE, de 31 de julio de 2007, núm. L 199/40. Dicho Reglamento comunitario se aplicará, con carácter general, a partir del 11 de enero de 2009.

<sup>15</sup> DOCE, de 16 de enero de 2001, núm. L 12. Vid., asimismo, la Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Acuerdo que tiene por objeto extender a Dinamarca las disposiciones del Reglamento núm. 44/2001 (DOUE, de 5 de mayo de 2006, núm. L 120/22).

<sup>16</sup> Vid. E. JAYME Y C. KOHLER, “Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 - Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien”, *JPRax*, 1993, núm. 6, pp. 357-371; *id.*, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *RCDIP*, 1995, vol. 84, núm. 1, pp. 1-40. Dichos autores propugnan resolver los eventuales conflictos, entre las disposiciones del Derecho comunitario derivado y las de los Convenios internacionales comunitarios (Convenio de Roma y Convenio de Bruselas), partiendo del principio de conciliación. La problemática relativa a la coordinación, entre el Convenio de Roma y las “normas con incidencia en la ley aplicable” contenidas en las Directivas comunitarias relativas a sectores concretos de la contratación, ha sido objeto de múltiples estudios doctrinales: vid., por ejemplo, S. LEIBLE, “Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien”, en H. SCHULTE-NÖLKE / R. SCHULZE (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Europäisches Privatrecht*, Band 9, 1ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, pp. 353-392; así como J. BASEDOW, “Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 141-159.

<sup>17</sup> Por lo que a dicha necesidad de conciliación se refiere, vid. H. AGUILAR GRIEDER, “La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’”, en A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60, así como las referencias bibliográficas en dicho trabajo citadas. Y, con un alcance más sectorial, vid. H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007.

<sup>18</sup> Por lo que a dicha tendencia se refiere, vid., por todos, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général”, *Rec. des Cours*, 2000, tomo 287, pp. 12-411, pp. 156-213.

tos internacionales muy extendidos en la práctica comercial internacional. En efecto, el Convenio de Roma prevé soluciones genéricas para la inmensa mayoría de los contratos internacionales que quedan insertos dentro de su ámbito material; contemplando únicamente respuestas específicas para los dos contratos objeto de presunciones particulares *iuris tantum* (contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble y contratos de transporte de mercancías) y para las dos categorías contractuales que forman parte del régimen especial: contratos celebrados por los consumidores y contratos individuales de trabajo. Por el contrario, en el Reglamento “Roma I”, la frontera existente entre el régimen general y el régimen especial de determinación de la ley aplicable se hace más difusa, ya que el mismo, aunque (al igual que su antecesor) también mantiene la tradicional distinción entre ambos regímenes de Derecho aplicable (general y especial), extiende la especificidad de soluciones al régimen general al incorporar en éste diversas normas de conflicto especiales. Al margen de lo señalado, el Reglamento “Roma I” lleva a cabo una ampliación del régimen especial. Por un lado, el art. 6 del susodicho instrumento internacional no es tan restrictivo como el art. 5 del Convenio de Roma, ya que el mismo extiende el ámbito material (al contener únicamente exclusiones y no mantener la definición que hace el Convenio de Roma de los contratos que quedan incluidos) y espacial (al sustituir las tres condiciones alternativas de vinculación con el mercado doméstico por el concepto de “actividad dirigida” [del profesional], el cual ya aparecía en el art. 15.1.c) del Reglamento “Bruselas I” [ello es una manifestación más de la voluntad del legislador comunitario de conciliar ambos instrumentos internacionales]) de los contratos de consumo que quedan amparados por el régimen protector del consumidor dispensado por su art. 6. Y, por otro lado, el Reglamento incorpora al régimen especial dos tipos contractuales (arts. 5 y 7): los contratos de transporte<sup>19</sup> (los cuales, en el ámbito del Convenio de Roma, quedaban sometidos a la presunción particular, los contratos de transporte de mercancías y, a la presunción general, el resto de los contratos de transporte) y los contratos de seguro (los cuales, en el marco del Convenio de Roma, quedaban parcialmente excluidos de su ámbito de aplicación material).

13. A nuestro modo de ver, en el marco del Reglamento “Roma I”, el régimen general de determinación de la ley aplicable se caracteriza, más que por su flexibilización, por su incipiente materialización y por su severa especialización. A diferencia de lo que acontece con la flexibilización, que se presenta de un modo más acusado en el Convenio de Roma, la materialización y la especialización no están presentes en el régimen general de Derecho aplicable del susodicho texto internacional. Como posteriormente comentaremos, en el ámbito del Reglamento “Roma I”, el principio tuitivo ya no es exclusivo del régimen especial, ya que, aunque tímidamente, subyace detrás del régimen general de Derecho aplicable y, muy especialmente, detrás de alguna de las normas específicas que lo conforman. En dicho régimen general, la tendencia a la especialización se plasma en el art. 4 del Reglamento (a través, fundamentalmente, de las normas de conflicto especiales elaboradas por el legislador comunitario para ciertos contratos internacionales) y, en cierta medida, en su art. 3 (por la vía de la cláusula general que aparece contenida en el art. 3.4 del Reglamento).

## 2. Alcance de la autonomía conflictual en los contratos internacionales de distribución comercial

14. En el marco del Reglamento “Roma I”, al igual que acontece con el Convenio de Roma, los contratos internacionales de distribución comercial (agencia, concesión [o distribución en exclusiva] y franquicia) quedan sujetos, no al régimen especial de determinación de la ley aplicable, sino al régimen general, esto es, a los arts. 3 (“Libertad de elección”), 4 (“Ley aplicable a falta de elección”) y 9 (relativo a las normas de aplicación inmediata o necesaria). El art. 3.1 del Reglamento, al igual que el art. 3.1 del Convenio de Roma, reconoce a las partes una amplia autonomía de la voluntad conflictual. Ello es consecuencia de partir implícitamente dicho precepto de un presupuesto que no se da en todos los contratos sometidos al régimen general: el equilibrio en la posición negociadora de las partes de la relación contractual. Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, en los contratos de distribución no

---

<sup>19</sup> Por lo que a los mismos se refiere, la finalidad tuitiva se aprecia en relación con los contratos para el transporte de pasajeros.



se suele cumplir dicho presupuesto. Dicha situación puede ser utilizada por la parte habitualmente más fuerte del contrato (concedente, franquiciador o principal) para imponer al contratante generalmente más débil (concesionario o distribuidor, franquiciado o agente) un ordenamiento jurídico estatal que no se inspire en razones tuitivas, esto es, que deje desprotegido al distribuidor (en sentido amplio). En efecto, en muchos supuestos, el ejercicio de la autonomía conflictual, en los contratos internacionales de distribución comercial, esconde una “elección unilateral” por la parte más fuerte de la relación contractual<sup>20</sup>.

**15.** En la actualidad, en el marco de la UE, se ha conseguido una armonización de las legislaciones nacionales sobre el contrato de agencia de los Estados miembros, pero no en relación con los restantes contratos de distribución. Teniendo en cuenta la importancia que tiene la distribución comercial en el marco del tráfico mercantil internacional, sorprende que, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos estatales, la concesión mercantil (y, en menor medida, la franquicia) sea un contrato atípico, un contrato que carece de una regulación sistematizada; no existiendo, pues, una normativa ad hoc que lo regule con carácter global. En efecto, a diferencia de lo que acontece con el contrato de agencia, la inmensa mayoría de los Estados miembros de la UE carecen de una legislación específica global para dicha modalidad contractual. Una excepción a la referida tendencia general la encontramos en el ordenamiento jurídico belga, ya que en Bélgica está en vigor una ley especial reguladora de los contratos de distribución: la Ley de 27 de julio de 1961, modificada por la Ley de 13 de abril de 1971<sup>21</sup> (la cual tiene por objeto regular algunos de los aspectos de determinados contratos de distribución [en particular, la obligación de preaviso en los supuestos de rescisión unilateral, así como la cuestión relativa a las indemnizaciones a las que el distribuidor tiene derecho]). Dicha ausencia de regulación específica no sólo es predicable del plano interno, sino también del internacional; no existiendo, pues, Convenios internacionales ni instrumentos comunitarios que regulen el contenido obligacional y lo referente a la finalización de estos contratos. De hecho, con la salvedad del contrato de agencia comercial (que es objeto de regulación por la anteriormente mencionada Directiva 86/653/CE), la normativa comunitaria tan sólo incide en los aspectos de los contratos de distribución vinculados a la libre competencia comunitaria<sup>22</sup>. Dicha normativa, que desarrolla los principios enunciados en el art. 81 del TCE y que tiene la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas (“normas de dirección” u “ordopolíticas”), autoriza determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, en aras de facilitar la distribución de los productos y servicios en el área comunitaria y, en última instancia, de mejorar el funcionamiento del mercado interior<sup>23</sup>.

**16.** Como consecuencia del referido vacío normativo y de la naturaleza heterogénea de los contratos de distribución distintos al de agencia (que participan de notas características de distintas figuras jurídicas), las respuestas de los órganos jurisdiccionales varían notablemente de uno a otro Estado miembro de la UE (en ocasiones, incluso en el seno de un mismo Estado comunitario). Así, por ejemplo, mientras que los Tribunales alemanes, los franceses y los holandeses aplican a los contratos de concesión comercial las normas generales relativas a la contratación comercial, así como, por la vía analógica, la normativa sobre agencia comercial; los órganos jurisdiccionales italianos suelen recurrir a las normas de

---

<sup>20</sup> Lo mismo ocurre, en sede de competencia judicial internacional, con las cláusulas de elección de foro. En relación con la necesidad de alcanzar una correlación *forum-ius*, en el ámbito de las relaciones de agencia comercial internacional, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 137-157.

<sup>21</sup> *Moniteur belge*, de 5 de octubre de 1961 y de 21 de abril de 1971 respectivamente. *Vid.* A. NUYS, "L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)", *RCDIP*, 1999, vol. 88, pp. 31-74 y 245-265.

<sup>22</sup> *Vid.* el Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (cuyo art. 4, por ejemplo, prohíbe la inclusión de cláusulas, en los contratos de concesión comercial, que impongan al concesionario precios mínimos de reventa de los productos que el concedente le ha suministrado); así como el Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. Dichos textos pueden encontrarse en E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, 2004, pp. 501-530.

<sup>23</sup> Por lo que se refiere a la distribución y a la normativa competencial comunitaria, *vid.* L. IDOT, "Quelques pistes pour la résolution des conflits de droits de la concurrence en matière de distribution", *DPCI*, 1993, vol. 19, núm. 2, pp. 214-243; así como J. MASEDA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, 2000, pp. 183-234.

su Código civil relativas al contrato de *somministrazione*<sup>24</sup>. En el marco del ordenamiento jurídico español, la jurisprudencia protege al concesionario o distribuidor aplicando por la vía analógica, o bien, muchas de las disposiciones imperativas de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (muy especialmente, las referentes a las indemnizaciones a las cuales el agente comercial tiene derecho tras la ruptura unilateral del contrato por parte del principal [que, como anteriormente hemos puesto de manifiesto, son las que mayor litigiosidad suscitan]), o bien, normas relativas a otras figuras jurídicas (tales como las que regulan el enriquecimiento injusto)<sup>25</sup>. Por lo tanto, desde una perspectiva de *lege lata*, no existe una respuesta uniforme, en el seno de los ordenamientos jurídicos de los Estados comunitarios, en relación con la aplicación por la vía analógica, a los referidos contratos de distribución, de las normas internas de agencia dictadas en ejecución de la Directiva 86/653/CE (las cuales podrían entrar en juego, siempre y cuando el supuesto litigioso se encontrase dentro de su ámbito de aplicación territorial, por la vía de las normas materiales internacionalmente imperativas) y, por consiguiente, en lo relativo al nivel de protección conferido al distribuidor.

17. Los perniciosos efectos que esta situación conlleva, en el ámbito de la Unión, son muy similares a los que se producían antes de la armonización de las legislaciones estatales, sobre el contrato de agencia, de los Estados comunitarios lograda por la Directiva 86/653/CE. En concreto, esta ausencia de armonización en relación con los contratos de distribución comercial distintos al de agencia, existente tanto fuera del área comunitaria como en el interior de la misma, incita a que el fabricante o exportador abuse de la situación de desequilibrio existente en la posición negocial de las partes en los contratos de distribución comercial (siendo esta situación, precisamente, uno de los denominadores comunes o de las peculiaridades más llamativas de este tipo de contratos de colaboración). En efecto, el fabricante, consciente de la amplia variedad existente entre los ordenamientos jurídicos estatales (dentro y fuera del seno de la Unión), en aras de obtener mayores beneficios económicos y de resultar más competitivo en el correspondiente mercado, va a tender a valerse de su ventajosa posición negocial para eludir los ordenamientos jurídicos estatales protectores del distribuidor (debido al carácter atípico de este tipo de contratos, como hemos señalado, la protección del distribuidor se consigue, en muchos Estados, por la vía jurisprudencial). Dicha actuación conlleva consecuencias negativas para el mercado interior (propiciando una competencia falseada en el mismo), para los distribuidores (que van a quedar desprotegidos frente a eventuales abusos del productor y en clara inferioridad de condiciones con respecto a los distribuidores cuyo poder económico sea superior al de sus respectivos fabricantes), e incluso para los fabricantes que no gocen de la aludida situación de predominio negociador (los cuales van a operar en el correspondiente mercado en clara inferioridad de condiciones con respecto a los fabricantes o exportadores más potentes).

18. En suma, las razones tuitivas (de protección de la parte débil de la relación litigiosa) y económico-políticas (de protección del mercado comunitario) que han motivado el surgimiento de la Directiva de agencia, así como de otras Directivas encaminadas a atender las peculiaridades propias de determinados sectores de la contratación en los cuales también existe una parte débil de la relación litigiosa (contratos de consumo, de trabajo y de seguro)<sup>26</sup>, también subyacen detrás de los otros contra-

---

<sup>24</sup> Para un análisis de Derecho comparado, del tratamiento de los contratos de distribución en los distintos ordenamientos jurídicos estatales, *vid.*, por todos, AAVV, *Agency and Distribution Agreements. An International Survey*, A. JAUSÀS (editor), International Bar Association, London/Dordrecht/Boston, 1994.

<sup>25</sup> La jurisprudencia española ha puesto de manifiesto, en numerosas ocasiones, la posibilidad de que la terminación de los contratos de distribución genere el derecho del concesionario o distribuidor a una indemnización por clientela: *vid.*, por todas, la sentencia del JPI núm. 51 de Madrid de 13 de diciembre de 2007, en la que la reclamación de indemnización y de cantidades adeudadas, por la resolución unilateral del contrato por incumplimiento del demandado, se fundamenta en el art. 4.1 del Cc, el cual permite llevar a cabo una aplicación analógica del art. 28 de la Ley española de agencia (*La Ley*, núm. 6947, de 16 de mayo de 2008, pp. 14-15); así como la sentencia del TS (Sala 1ª) de 15 de enero de 2008, la cual señala que, generalmente, la jurisprudencia funda la indemnización por clientela, así como la de daños y perjuicios, tanto en lo injustificado del enriquecimiento obtenido por el concedente al extinguirse el contrato (enriquecimiento injusto) como en la aplicación analógica del art. 28 de la Ley 12/1992; pero reconoce que, no obstante, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de distribución y el criterio de la buena fe, la indemnización por clientela también puede fundamentarse en el art. 1258 del Cc (*La Ley*, núm. 6952, de 23 de mayo de 2008, p. 15).

<sup>26</sup> *Vid.*, por ejemplo, la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (*DOUE*, de 28 de octubre de 2008, núm. L

tos de distribución comercial (básicamente, concesión mercantil o distribución en exclusiva y franquicia). Por consiguiente, desde una perspectiva de lege ferenda, el legislador comunitario debiera, en aras de evitar los perniciosos efectos más arriba mencionados, o bien, elaborar un cuerpo legal especial, esto es, una Directiva ad hoc, para los susodichos contratos de colaboración (siendo esta solución la preferible por permitir ofrecer respuestas jurídicas acordes con la especificidad de los mismos), o bien, extender a estos contratos las disposiciones de la Directiva 86/653/CE que sean compatibles con la peculiar naturaleza de los mismos (muy especialmente, las que regulan las indemnizaciones a las que el agente comercial tiene derecho tras la finalización del contrato de agencia de duración indefinida por causa no imputable al mismo [que son las que constituyen el núcleo central de la Directiva de agencia]). De este modo, se alcanzaría, en el área comunitaria, un nivel de protección mínimo uniforme para el distribuidor en tanto que parte presuntamente débil de la relación jurídica (satisfaciendo, por esta vía, relevantes intereses privados) y, consiguientemente, se conseguirían unas condiciones de competencia homogéneas en el mercado interior y, en última instancia, se respetaría el juego de una competencia no falseada en el área comunitaria, que es un presupuesto indispensable para la consecución del objetivo comunitario de un mercado único (detrás del cual latén importantes intereses públicos [en concreto, comunitarios])<sup>27</sup>.

19. Desde nuestro punto de vista, la referida necesidad, de otorgar el legislador comunitario un nivel mínimo de protección uniforme para todos los contratos de distribución, se hace todavía más patente en el marco del Reglamento “Roma I”, ya que el mismo ofrece un interesante cauce para proteger las disposiciones imperativas de las Directivas comunitarias sectoriales: el apartado 4º de su art. 3<sup>28</sup>. La cláusula general de protección del Derecho comunitario (que algún autor ha denominado como “cláusula del Mercado Interior”<sup>29</sup>), cuyo objetivo es prevenir el fraude al Derecho comunitario, constituye la plasmación, en el ámbito del art. 3, de la tendencia a la especialización y materialización de las normas de DIPr. La imperiosa necesidad de redactar una cláusula de este tipo había sido, desde hace tiempo, puesta de manifiesto por la doctrina tanto nacional como extranjera; hasta el punto de defender, en las situaciones privadas internacionales intracomunitarias en las que la *lex contractus*, elegida por las partes, era la ley de un Estado no comunitario que no respetase el estándar mínimo de protección fijado por el Derecho comunitario material, la aplicación analógica del art. 3.3 del Convenio de Roma para así poder hacer inoperativa dicha cláusula de elección de ley<sup>30</sup>. Dicha cláusula constituye un importante límite a la amplia autonomía conflictual, reconocida por el art. 3 del Reglamento, en los contratos en los que, pese a existir un desequilibrio en la posición negociadora de las partes, quedan sometidos al régimen general de determinación de la ley aplicable (como ocurre con los contratos de distribución). De este modo, aunque no se evita, se atenúa el problema de la falta de uniformidad existente, entre los órganos jurisdiccionales de

---

283/36), la cual también tiene la consideración de una Directiva “de mínimos”. Un análisis de las Directivas comunitarias sectoriales, que persiguen el susodicho doble objetivo, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 48-53.

<sup>27</sup> Vid. el Considerando 31 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2007, sobre el interés europeo: Triunfar en la era de la mundialización (DOUE, de 6 de noviembre de 2008, núm. C 282E/422), por virtud del cual “el proceso hacia una mayor liberalización comercial agudiza la necesidad de que la UE preserve su capacidad de protegerse contra las prácticas comerciales desleales; considera, por lo tanto, que los instrumentos de defensa comercial constituyen un componente indispensable de la estrategia de la UE”.

<sup>28</sup> “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

<sup>29</sup> S. LEIBLE, “La propuesta para un Reglamento ‘Roma I’. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *AEDIPr.*, 2006, tomo VI, pp. 541-568, pp. 553-556.

<sup>30</sup> Vid., por ejemplo, O. LANDO, “The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations”, *CMLRev.*, 1987, vol. 24, pp. 159-214, pp. 181-182; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1997, p. 274; así como S. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung)*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1999, p. 73, núm. 99. En relación con el contrato de agencia comercial internacional “intracomunitario”, vid. H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 96-101, monografía en la que defiende que, con arreglo a la propugnada aplicación analógica, los Tribunales de los Estados miembros deberían de aplicar las normas de ius cogens de la ley objetivamente aplicable al contrato de agencia comercial internacional (que será, en tal caso, la ley de un Estado comunitario).

los Estados comunitarios, en cuanto a la consideración de sus normas internas, dictadas en ejecución de las disposiciones imperativas de las Directivas comunitarias sectoriales, como normas materiales internacionalmente imperativas y a su ámbito de aplicación espacial y, consiguientemente, en cuanto a su aplicación. En términos generales, la cláusula general de protección del Derecho comunitario nos merece una valoración positiva, ya que por esta vía se consigue un mecanismo mucho más seguro y uniforme que el que permitía la aplicación analógica del art. 3.3 del Convenio de Roma<sup>31</sup>. De hecho, no es casualidad que el legislador comunitario, en lugar de extender expresamente el ámbito de aplicación del señalado apartado a las situaciones privadas intracomunitarias, haya optado por regular de un modo separado, en el art. 3 del Reglamento, ambos tipos de situaciones jurídico-privadas: las internas (en su apartado 3º [cuyo contenido no difiere sustancialmente del art. 3.3 del Convenio de Roma])<sup>32</sup> y las intracomunitarias (en su apartado 4º).

**20.** En suma, desde una perspectiva *de lege ferenda*, consideramos que, en el marco del Reglamento “Roma I”, existen dos instrumentos jurídicos muy adecuados para contrarrestar las consecuencias negativas que se producen, en relación con los contratos de distribución (en general), como consecuencia de la amplia autonomía conflictual conferida por el art. 3 del Reglamento: la cláusula general que aparece consagrada en su apartado 4º (susceptible de aplicación únicamente a los contratos “intracomunitarios” [entendidos éstos como aquellos cuyos elementos están vinculados al territorio comunitario, esto es, a Estados miembros de la Unión Europea]<sup>33</sup>) y, cuando alguno de los “elementos pertinentes” del contrato de distribución comercial no se encuentre localizado en el área comunitaria, las normas materiales internacionalmente imperativas (ya que detrás de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia [y, en su caso, de la Directiva comunitaria que se elaborase para los restantes contratos de distribución comercial] subyacen tanto importantes intereses privados como públicos [comunitarios])<sup>34</sup>. Dichos mecanismos están al servicio de la coordinación o conciliación del DIPr comunitario y, más en concreto, del régimen general de determinación de la ley aplicable previsto en el Reglamento “Roma I” (que parte de la base de un equilibrio en la posición negocial de las partes), con los principios del mercado interior, con sus objetivos, ya que la homogeneización de las condiciones de competencia, en el seno de la Comunidad, es un objetivo comunitario primordial (imprescindible para un correcto funcionamiento del mercado interior).

**21.** La referida cláusula general, pese a que es restrictiva en cuanto a las situaciones privadas internacionales que de ella se benefician (al menos *a priori*, las situaciones privadas intracomunitarias), es extensiva en lo referente a las disposiciones del Derecho comunitario que resultan afectadas por la misma: todas sus disposiciones imperativas (lo cual está en sintonía con la dualidad de intereses latente en las Directivas elaboradas por las instituciones comunitarias para determinados sectores de la contratación). Por lo tanto, si el legislador comunitario elaborase una Directiva comunitaria que regulase cuestiones de fondo para los contratos de distribución distintos al de agencia (o, en su caso, extendiese a los mismos algunas de las normas de la Directiva 86/653/CE), cualquier órgano jurisdiccional de un Estado comunitario estaría obligado a aplicar, a los contratos de distribución cuyos “elementos pertinentes” estuviesen vinculados al área comunitaria (fundamentalmente, el establecimiento profesional de ambas partes y el mercado afectado), las disposiciones imperativas de la susodicha Directiva comu-

<sup>31</sup> “La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo ‘disposiciones imperativas’”.

<sup>32</sup> Dicho apartado no se refiere sólo a las normas materiales internacionalmente imperativas, sino también a todas las normas del correspondiente ordenamiento jurídico que gocen de carácter imperativo, esto es, a las normas materiales interna o simplemente imperativas.

<sup>33</sup> Salvo que el término “elementos pertinentes” se refiera a “elementos relevantes”, en cuyo caso también podrían verse afectadas por esta cláusula general algunas situaciones privadas internacionales extracomunitarias (cuando los elementos de la misma no conectados con el territorio comunitario fuesen “no relevantes”).

<sup>34</sup> En opinión de los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, existen sectores, entre los cuales se encuentra el contrato de agencia comercial, en los que “es necesario proteger, mediante normas internacionalmente imperativas, a sujetos situados en posiciones contractuales débiles”, como es el caso del agente (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980”, en A.L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dir.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137, p. 116, núm. 93).

nitaria (no condicionándose su aplicación a que los correspondientes Tribunales de los Estados comunitarios considerasen a las mismas como normas materiales internacionalmente imperativas), tal como hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico del foro, y ello con independencia de que la contraparte del distribuidor (franquiciador o concedente) hubiese sometido el contrato de distribución en cuestión, por la vía de una cláusula de elección de ley, a un ordenamiento jurídico no comunitario; tratando de defraudar, de este modo, el Derecho comunitario derivado. De lo señalado se desprende que el legislador comunitario, al redactar el art. 3.4 del Reglamento “Roma I”, ha querido extender, a todos los sectores de la contratación objeto de regulación por Directivas comunitarias de protección y a todas sus disposiciones imperativas, la postura defendida por el TJCE en la controvertida sentencia de 9 de noviembre de 2000 (asunto C-381/98: *Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.*)<sup>35</sup>. Dicha sentencia puso de manifiesto la necesidad de aplicar los arts. 17 y 18 de la Directiva 86/653/CE (relativos al derecho que tiene el agente comercial a una indemnización tras la finalización del contrato de agencia) a una relación de agencia comercial internacional “extracomunitaria” (ya que el principal estaba establecido fuera del área comunitaria), y ello con independencia de contener el contrato de agencia comercial una cláusula por virtud de la cual el mismo quedaba sometido a la ley de un Estado no comunitario que no reconocía al agente comercial el derecho a una indemnización con motivo de la ruptura unilateral del contrato por parte del principal (ley canadiense). Sin embargo, la sentencia *Ingmar* versaba sobre un contrato de agencia comercial internacional “extracomunitario”, mientras que el art. 3.5 del Reglamento “Roma I” condiciona su aplicación a que los “elementos pertinentes” del contrato se encuentren localizados, en el momento de la elección, en el espacio comunitario; exigencia que puede ocasionar que las condiciones de acceso al mercado único sean tan dispares que se vulnere el juego de una competencia no falseada en el mercado interior (perjudicando, de este modo, su adecuado funcionamiento). Por consiguiente, desde una perspectiva de *lege ferenda*, resultaría conveniente que la referida cláusula general, al igual que la célebre sentencia del TJCE, alcanzase igualmente a los contratos “extracomunitarios” (como había previsto la Propuesta de Reglamento “Roma I”<sup>36</sup>). Por otro lado, la sentencia *Ingmar* recurrió, con la finalidad de delimitar espacialmente el ámbito de aplicación de las mencionadas disposiciones imperativas de la Directiva de agencia (que carece de “normas con incidencia en la ley aplicable”), al criterio del mercado afectado: los referidos preceptos de la Directiva (y, a nuestro modo de ver, sus restantes disposiciones imperativas), en aras de la finalidad por los mismos perseguida (“proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior”), han de recibir aplicación, “cuando el agente comercial ejerza su actividad profesional dentro de la Comunidad”, incluso aunque el principal esté establecido en un Estado tercero y las partes hayan elegido como ley aplicable al contrato la ley de ese país. Por esas mismas razones, dicho criterio de delimitación espacial nos parece también idóneo para las demás disposiciones imperativas de la Directiva de agencia y para los restantes contratos de distribución comercial (los cuales, al menos por el momento, no son objeto de regulación por ninguna Directiva comunitaria).

<sup>35</sup> Vid., entre otros muchos, A. FONT I SEGURA, "Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar Gb Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*)", *RDCE*, 2001, vol. 5, núm. 9, pp. 259-279; R. FREITAG / S. LEIBL, "Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie - Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?", *RIW*, 2001, vol. 47, pp. 287-295; E. JAYME, "Zum internationalen Geltungswillen der europäischen Regeln über den Handelsvertreterausgleich", *IPRax*, 2001, núm. 3, pp. 190-191; R. MICHAELS / H.G. KAMANN, "Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts - 'Amerikanisierung' des Gemeinschafts-IPR?", *EWS*, 2001, vol. 12, núm. 7, pp. 301-311; A. STAUDINGER, "Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs- und Produkthaftungsrichtlinie", *NJW*, 2001, vol. 54, 2.1, pp. 1974-1978; O. LANDO, "The territorial scope of application of the EU Directive on self-employed commercial agents", *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhaes Collaço*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 249-261; así como H.L.E. VERHAGEN, "The tension between party autonomy and European union law: some observations on *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc*", *ICLQ*, 2002, vol. 51, pp. 135-154.

<sup>36</sup> El apartado 5º del art. 3 de la Propuesta de Reglamento “Roma I” no se limitaba exclusivamente a las relaciones contractuales “intracomunitarias”, aunque no especificaba cuáles eran las disposiciones imperativas de las Directivas comunitarias sectoriales que habían de recibir aplicación cuando la *lex contractus*, elegida por las partes, fuese la ley de un Estado no comunitario (“no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario cuando sean aplicables al caso particular”). Un detenido análisis, de las implicaciones del señalado apartado de la Propuesta “Roma I”, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 54-60.

22. En otro orden de ideas, en el marco del Reglamento “Roma I”, al igual que acontece con el Convenio de Roma, las partes no pueden designar, en uso de su autonomía conflictual, a la *lex mercatoria* como ley rectora del contrato (aunque sí como cláusula de incorporación por referencia, esto es, en el ejercicio de su autonomía material). Pese a que esta cuestión ha sido muy controvertida durante el período de elaboración del Reglamento, finalmente no ha llegado a prosperar la Propuesta de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), la cual señalaba que, en aras de “reforzar aún más la autonomía de la voluntad, principio clave del Convenio”, su art. 3.2 “autoriza a las partes a elegir, como legislación aplicable, un Derecho no estatal” (en particular, los principios UNIDROIT, los Principios de Derecho contractual europeo o un eventual futuro instrumento comunitario opcional), aunque no la *lex mercatoria*, cuya aplicación, con carácter general, lleva aparejada una alta dosis de inseguridad jurídica (debido a su frecuente carácter impreciso y fragmentario)<sup>37</sup>. Sin embargo, a nuestro modo de ver, en relación con los contratos de franquicia internacional, la posibilidad de elegir a la *lex mercatoria* como *lex contractus* podría resultar interesante desde una perspectiva de *lege ferenda*, ya que, además de la ausencia de normativa en el plano internacional<sup>38</sup>, las legislaciones nacionales, que contienen una regulación específica para la franquicia, presentan un carácter mucho más fragmentario que la *lex mercatoria* relativa a la franquicia, ya que las mismas tan sólo regulan, desde una perspectiva meramente interna, algunos de los elementos de los acuerdos de franquicia<sup>39</sup>. Al margen de lo señalado, la referida *lex mercatoria* es más acorde con la especificidad que presentan los acuerdos de franquicia internacional. De hecho, el núcleo básico de la *lex mercatoria*, relativa a la franquicia, está constituida por las anteriormente citadas “Guía UNIDROIT de franquicia” de 1998 (relativa a los contratos de franquicia principal internacional, que es la modalidad de franquicia más utilizada en el ámbito del comercio internacional) y Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia de 2002 (que también aborda la franquicia internacional)<sup>40</sup>, por el Modelo de contrato de franquicia internacional de la CCI<sup>41</sup>, así como por las regulaciones voluntarias adoptadas por las asociaciones de franquicia, tanto nacionales como internacionales, las cuales suelen adoptar la forma de “Códigos de Deontología”, siendo su función la de regular la conducta de sus miembros<sup>42</sup>. Similar conclusión es predicable, igualmente desde una perspectiva de *lege ferenda*, en relación con los contratos internacionales de distribución en exclusiva (hasta que los elementos esenciales de dichos contratos sean objeto de regulación por una Directiva comunitaria), ya que, debido a la carencia de normativa *ad hoc* (tanto en el plano interno como en el internacional), el Modelo de contrato de distribución internacional de la CCI adquiere un notable protagonismo en el ámbito del tráfico comercial internacional<sup>43</sup>. Sin embargo, debido a la existencia de la Directiva 86/653/CE, no nos parece conveniente extender dicha propuesta de *lege ferenda* al ámbito de los contratos de agencia comercial internacional, y ello pese a la relevancia que tiene, en la práctica comercial internacional, el Modelo de contrato de agencia comercial internacional, elaborado y publicado por la CCI en el año 1991 (el cual forma una parte sustancial de la *lex mercatoria* relativa a la agencia internacional)<sup>44</sup>.

---

<sup>37</sup> Vid. pp. 5 y 16 de dicha Propuesta, la cual fue presentada por la Comisión el 15 de diciembre de 2005, COM (2005) 650 final.

<sup>38</sup> Tal como ha puesto de relieve el “Informe Explicativo” de la Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia, las “cuestiones discutidas no podían ser tratadas en un Convenio internacional debido a las reticencias que iban a mostrar los Estados a la hora de su aprobación; existiendo, sin embargo, un amplio consenso sobre la utilidad de una Guía en cuanto a la franquicia internacional: constituiría una ayuda precisa, tanto para los medios financieros como para los consejos jurídicos” (núm. 15).

<sup>39</sup> Un análisis de dichas legislaciones específicas puede encontrarse en el Anexo 3 de la “Guía UNIDROIT de franquicia”.

<sup>40</sup> Dicha Ley Modelo, al igual que cualquier otra, carece de carácter vinculante para los legisladores nacionales; concibiéndose como un instrumento que pretende ser una recomendación para los Estados que han decidido adoptar una legislación específica sobre este tema.

<sup>41</sup> Dicho Modelo puede consultarse en E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, 2004, pp. 290-317.

<sup>42</sup> Por lo que a dichas regulaciones se refiere, vid. el Anexo 3 de la “Guía UNIDROIT de franquicia”.

<sup>43</sup> Dicho Modelo puede consultarse en E. GUARDIOLA SACARRERA, *op. cit.*, 2004, pp. 147-173.

<sup>44</sup> Por lo que a dicho Modelo contractual se refiere, cuyo ámbito de actuación por excelencia es el arbitraje comercial internacional, vid. H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 27-31.

### 3. Ley objetivamente aplicable a los contratos internacionales de distribución comercial

23. En defecto de haber elegido las partes el Derecho material estatal aplicable al contrato internacional de distribución comercial (distribución en exclusiva, franquicia o agencia), en los términos anteriormente señalados, habrá de estarse, para determinar la *lex contractus*, a lo dispuesto en el art. 4 del Reglamento “Roma I” (desde el momento en que éste resulte efectivamente aplicable). Dicho precepto, a diferencia de lo que acontece con el art. 4 del Convenio de Roma (cuyo apartado 1º consagra el principio de los vínculos más estrechos), manifiesta una acusada tendencia a la especialización del método de localización (a costa de disminuir su flexibilización), ya que, en aras de reforzar la seguridad jurídica, comienza consagrando normas fijas, es decir, normas de conflicto especiales para diversas categorías contractuales específicas, entre las cuales se encuentra el “contrato de franquicia” y el “contrato de distribución”. De este modo, el Reglamento “Roma I” está reconociendo que las especificidades que presentan estos tipos contractuales justifican que los mismos estén sujetos a un tratamiento conflictual diferente (lo cual era negado, de un modo implícito, por el Convenio de Roma). El legislador comunitario, al dotar a estos contratos de unas normas específicas que los regulen, satisface el anhelo manifestado por algún autor de tomar en consideración “sus particularidades desde una perspectiva transfronteriza”<sup>45</sup>, esto es, de prever soluciones conflictuales especiales para los mismos.

24. Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, el régimen general de determinación de la ley aplicable, consagrado por el Reglamento, se caracteriza, además de por su acusada especialización, por su incipiente materialización. En efecto, en el ámbito del Reglamento “Roma I”, el principio tuitivo de la parte débil de la relación contractual, que en el marco del Convenio de Roma es exclusivo del régimen especial de determinación de la *lex contractus* (cuyo objetivo sigue siendo, con las matizaciones anteriormente mencionadas, la protección de la parte débil), también subyace, aunque tímidamente, detrás de algunas de las normas específicas que aparecen encuadradas dentro de su régimen general de Derecho aplicable y, más en concreto, detrás de las normas de conflicto especiales relativas al contrato de franquicia y al contrato de distribución.

25. En concreto, de conformidad con el apartado 1º del art. 4 del Reglamento, a falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en su art. 3, “el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual” (epígrafe e); y “el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual” (epígrafe f)<sup>46</sup>. De los epígrafes transcritos se desprende que el legislador comunitario, al centrarse en la persona del distribuidor y del franquiciado, ha tenido en cuenta la débil posición negociada que tanto uno como otro tienen en la generalidad de los supuestos, ya que, si bien es cierto que la ley de la residencia habitual de dichas partes no es necesariamente la más favorable a los mismos, también lo es que dicha ley es la más próxima al franquiciado y al distribuidor, la más estrechamente vinculada a su círculo de intereses, esto es, la que mejor conocen, la que menos costes de información les acarrea. Lo mismo ocurre en el ámbito de los contratos de consumo con la ley del país en que el consumidor tiene su residencia habitual. No obstante, en el marco de esta última categoría contractual (consumo), el principio tuitivo ha justificado una amplia limitación al ejercicio de la autonomía conflictual<sup>47</sup>. Por consiguiente, en el ámbito de los contratos de franquicia y de distribución, el principio tuitivo se ha expresado en términos, más que de justicia material, de justicia conflictual. Tal vez ello sea debido a que el legislador comunitario ha considerado que, en estos tipos contractuales, el desequilibrio en la posición negociada de las partes, como consecuencia de celebrarse entre profesionales, no es el mismo que el existente en los contratos de consumo (y en los contratos de trabajo) y que no se da en todos los supuestos; razones que probablemente le hayan motivado a no incluir estas categorías contractuales en el régimen especial de determinación de la ley aplicable (como a nuestro entender hubiera sido deseable dada la inexistencia de una Directiva comunitaria que los regule [como ha hecho la Directiva 86/653/CE en relación con los contratos de agencia comer-

<sup>45</sup> C. ESPLUGUES MOTA Y OTROS, *op. cit.*, 2006, p. 255.

<sup>46</sup> En contra de dicha solución se ha mostrado P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, núm. 2, pp. 331-349, pp. 339.

<sup>47</sup> *Vid.* el art. 6.2 del Reglamento.

cial]). En cualquier caso, en los contratos de franquicia y de distribución, la protección en términos materiales puede alcanzarse, en el marco del art. 4 del Reglamento “Roma I”, por la vía de la intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas. No creemos que la nueva redacción del art. 9 del Reglamento “Roma I”, que define a las leyes de policía en su apartado 1º (“es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos”), pueda suponer un obstáculo a la consideración de las normas protectoras del distribuidor como normas de aplicación necesaria, ya que detrás de las mismas laten tanto intereses privados como públicos.

26. En suma, entendemos que el legislador comunitario ha querido favorecer al distribuidor y al franquiciado (no necesariamente sus concretos intereses materiales), en tanto que partes débiles de la relación contractual, no imponiéndoles el coste que la internacionalidad del contrato lleva aparejado; y ello a costa de sustituir el objetivo de la vinculación más estrecha por el de la proximidad razonable. De este modo, el Reglamento “Roma I” ha tratado de alcanzar un equilibrio entre el principio de protección de la parte débil de la relación litigiosa y el principio de proximidad. Además, no puede obviarse el hecho de que en la práctica, normalmente, la ley del país de la residencia habitual del distribuidor (o del franquiciado) coincide con la ley del país en el cual estos últimos ejercen su actividad profesional (lugar de ejecución de la actividad de distribución, es decir, de promoción y reventa de los bienes o servicios que el fabricante le ha suministrado), esto es, con la ley del mercado afectado, con la ley del país que tiene el interés en evitar el juego de una competencia falseada en su propio mercado. A nuestro juicio, también hubiese sido una buena opción de política legislativa<sup>48</sup> la consideración de dicha ley como ley objetivamente aplicable, ya que la misma presenta una vinculación razonable con estos contratos y le es familiar al contratante presuntamente más débil económicamente, esto es, al distribuidor (en sentido amplio), en tanto que es el lugar en el cual el mismo ejerce su actividad profesional. Al margen de lo señalado, de este modo, se conseguiría dar un trato común a todos los distribuidores que operen en un mismo país.

27. El art. 4 del Reglamento “Roma I” otorga primacía, claramente, al objetivo de la previsibilidad y seguridad jurídica sobre el de la flexibilidad<sup>49</sup>. En concreto, los epígrafes e) y f) del art. 4.1 del Reglamento tratan de salvaguardar, a través de la protección del distribuidor en tanto que parte débil (desde el punto de vista, no material, sino conflictual), la previsibilidad o certeza jurídica y, en última instancia, procuran reforzar la seguridad jurídica, ya que por medio de la elaboración de normas de conflicto especiales, para estas dos categorías contractuales (distribución y franquicia), el legislador comunitario ha conseguido la uniformidad de soluciones, entre los órganos jurisdiccionales de los Estados comunitarios, en torno a la determinación de sus correspondientes prestaciones características; lo cual había suscitado, en el marco del art. 4 del Convenio de Roma, una viva discusión doctrinal motivada por la imprecisión de la presunción general contenida en su apartado 2º en relación con el referido concepto (afectando la falta de uniformidad, en ocasiones, a un mismo Estado miembro). De hecho, en el ámbito del art. 4 del Convenio de Roma, cabía distinguir, básicamente, tres posturas por lo que a esta polémica cuestión se refiere: una que propugnaba que la prestación característica la realizaba el concedente<sup>50</sup>; otra que defen-

<sup>48</sup> En relación con el contrato de agencia comercial internacional, vid. H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 105-109; así como las referencias doctrinales y jurisprudenciales en dicha monografía citadas. El referido criterio de conexión ha sido defendido, en cuanto ley más estrechamente vinculada a los contratos internacionales de distribución comercial (en sentido amplio), por R. BALDI, “La legge applicabile ai contratti di distribuzione e la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *Foro Padano*, II, 1987, pp. 26-30, especialmente pp. 27-28, el cual, para justificar su postura, ha recurrido fundamentalmente a un análisis comparado del Derecho internacional privado de diversos países europeos.

<sup>49</sup> De este modo, no puede ponerse en tela de juicio que el legislador comunitario satisface lo que el profesor M. VIRGÓS SORIANO denominó como las dos funciones básicas del Derecho de los contratos: seguridad y previsibilidad: vid. M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS (Dir.), *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed. revisada, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-207, pp. 159-160, núm. 173.

<sup>50</sup> *Vid.*, por ejemplo, las sentencias de la Corte de casación francesa siguientes: la de 15 de mayo de 2001 (*JDI*, 2001, vol. 128, núm. 4, pp. 1121-1123, con la nota de A. HUET, pp. 1123-1130; *RCDIP*, 2002, vol. 91, núm. 1, pp. 86-88, con la nota de P. LAGARDE, pp. 88-93); la de 25 de noviembre de 2003 (*RCDIP*, 2004, vol. 93, núm. 1, pp. 102-103, con la nota de P. LAGARDE, pp. 103-105; *JDI*, 2004, vol. 131, núm. 4, pp. 1179-1180, con la nota de M.E. ANCEL, pp. 1180-1187); así como la de 26 de septiembre de 2007 (*The European Legal Forum*, 1-2008, pp. 54-55).



día que era el concesionario o distribuidor el que la llevaba a cabo<sup>51</sup> (esta posición doctrinal, al igual que la anterior, estaba indirectamente mediatizada por consideraciones de índole material); y una última que preconizaba que en este tipo de contratos (al igual que en los de franquicia) no existía prestación característica, por lo que no podía operar la presunción general del art. 4.2 del Convenio de Roma<sup>52</sup>.

**28.** Sin perjuicio de lo señalado, el art. 4 del Reglamento “Roma I” hace ciertas concesiones al valor de la flexibilidad. Por un lado, a través de la regla subsidiaria prevista en su apartado 2º (que entra en juego en defecto de normas específicas), la cual no difiere sustancialmente de la presunción general del art. 4.2 del Convenio de Roma (basada, igualmente, en el concepto de prestación característica, en concreto, en el deudor de la misma). En cualquier caso, de conformidad con el art. 4.1 epígrafes e) y f) del Reglamento, la señalada regla subsidiaria no es operativa ni en los contratos de distribución (tanto exclusiva como selectiva) ni en los contratos de franquicia. Tampoco consideramos que lo sea en el ámbito del contrato internacional de agencia comercial, ya que el mismo tiene cabida dentro de la categoría de los contratos de distribución (en sentido amplio), por lo que será susceptible de quedar encuadrado dentro de la norma de conflicto especial contenida en el art. 4.1.f) del Reglamento (que es más específica que la relativa a los contratos de prestación de servicios [aunque el resultado, en tal caso, sería idéntico: aplicación de la ley de la residencia habitual del agente comercial]). No obstante, de haberse aplicado la referida regla subsidiaria a los contratos internacionales de agencia comercial, el resultado hubiese sido el mismo<sup>53</sup>. Y, por otro lado, el valor de la flexibilidad se manifiesta a través del principio de los vínculos más estrechos, el cual no aparece como principio general (como ocurría en el Convenio de Roma)<sup>54</sup>, sino como cláusula de excepción<sup>55</sup> y como cláusula de cierre (cuando no haya normas específicas y no pueda determinarse la prestación característica [por lo que no será operativa en relación con los contratos de distribución]). En el contrato internacional de agencia comercial podría intervenir la cláusula de excepción, por ejemplo, si el establecimiento del principal coincidiese con el mercado afectado (lo cual no va a ser lo habitual)<sup>56</sup>. En los restantes contratos internacionales de distribución, va a ser muy excepcional que esta situación se produzca, ya que en los mismos el elemento de extranjería lo introduce habitualmente el concedente o franquiciador, el cual suele operar en un mercado extranjero.

---

<sup>51</sup> Vid. la sentencia de la AP de Barcelona (Sección 16ª) de 28 de abril de 2000, con la nota de P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *AE-DIPr*, 2002, Tomo II, pp. 679-682, el cual considera razonable la postura defendida por la referida sentencia y por la doctrina mayoritaria (tanto española como extranjera), consistente en considerar que es el concesionario o distribuidor exclusivo la parte que realiza la prestación característica en el contrato de distribución en exclusiva, y ello lo justifica en la necesaria coherencia valorativa que ha de existir entre el DIPr y el Derecho comunitario material, el cual, en su opinión, tiene por objeto, al igual que acontece con el agente en el contrato de agencia comercial, proteger al franquiciado y al distribuidor como partes débiles de la relación litigiosa.

<sup>52</sup> Vid. J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, 2005, pp. 358-360, núms. 21-23.

<sup>53</sup> De hecho, en el ámbito de los contratos de agencia comercial internacional, la concreción de la presunción general del art. 4.2 del Convenio de Roma no planteaba ninguna controversia doctrinal, ya que, claramente, es el agente comercial la parte que realiza la prestación característica, esto es, la promoción y, en su caso, conclusión de actos u operaciones de comercio (actividad que constituye la esencia misma del objeto del contrato): *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 106-107.

<sup>54</sup> Dicho principio general ha sido sustituido por normas fijas específicas. No obstante, la mayor parte de las mismas se fundamentan en el principio de proximidad.

<sup>55</sup> Pese a que no se ha suprimido el juego de la cláusula de excepción (como pretendía la Propuesta de Reglamento “Roma I”), el apartado 3º recalca más su excepcionalidad que el art. 4.5 del Convenio de Roma.

<sup>56</sup> Por lo que a esta cuestión se refiere, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 110-112.