

EL IMPACTO DEL REGLAMENTO «ROMA I» EN EL CONTRATO INTERNACIONAL DE AGENCIA

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Huelva*

Recibido: 28.12.2010 / Aceptado: 14.01.2011

Resumen: El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ha introducido modificaciones sustanciales relevantes con respecto a su antecesor: el Convenio de Roma. Algunas de las novedades del Reglamento «Roma I» afectan al régimen general de determinación de la *lex contractus*, dentro del cual queda encuadrado uno de los contratos más habituales en la práctica comercial internacional de nuestros días: el contrato internacional de agencia comercial. El presente estudio analiza el impacto de las modificaciones incorporadas por el Reglamento «Roma I» en la problemática relativa a la ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial «intracomunitarios» y «extracomunitario». Detrás del problema objeto de estudio subyace, como telón de fondo, la necesidad de alcanzar una coherencia valorativa o armonía en el seno del ordenamiento jurídico comunitario.

Palabras clave: Unión Europea, Derecho Internacional Privado, cooperación judicial en materia civil, Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, normas materiales internacionalmente imperativas, contrato internacional de agencia.

Abstract: The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations has introduced new and substantial changes with respect to the previous law: The Rome Agreement. Some of the new aspects of the Rome I Regulation affect the general regimen of the *lex contractus* resolution, which includes one of the most common agreements in the current international and commercial practice: the international commercial agency agreement. This study analyzes the impact of the modifications in the Rome I Regulation, particularly the thorny issue of the law applicable to the international commercial agency agreements, be they «EC contracts» or «non-EC contracts». The crux of the matter is the need to produce coherent, harmonious Community law on the subject..

Key words: European Union, Private International Law, European judicial cooperation on civil cases, «Rome I» Regulation on the law applicable to contractual obligations, mandatory rules, international agency agreements.

Sumario: I. Introducción. II. El impacto del Reglamento «Roma I» en los contratos de agencia «intracomunitarios». 1. Alcance de la autonomía conflictual en los contratos de agencia «intracomunitarios». 2. Ley aplicable en defecto de elección en los contratos de agencia «intracomunitarios». III. El impacto del Reglamento «Roma I» en los contratos de agencia «extracomunitarios». 1. Alcance de la autonomía conflictual y ley aplicable en defecto de elección en los contratos de agencia «extracomunitarios». 2. Eventual intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas del foro en los contratos de agencia «extracomunitarios». A) Primer enigma: el impacto de la nueva definición contenida en el art. 9.1 del Reglamento «Roma I». B) Segundo enigma: disposiciones de la Directiva de agencia susceptibles de dicha consideración. C) Tercer enigma: alcance espacial de la Directiva de agencia.

I. Introducción

1. La ingente cantidad de normativa comunitaria elaborada en los últimos tiempos, unido a la pluralidad de técnicas legislativas utilizadas como cauces de elaboración del Derecho internacional privado comunitario, es el caldo de cultivo de uno de los problemas más complejos y actuales del Derecho internacional privado de nuestro días: el de la necesaria conciliación o armonía que ha de existir en el seno del ordenamiento jurídico comunitario¹. Y, más en concreto, el Derecho internacional privado contemporáneo ha de encontrar vías o mecanismos para conciliar o coordinar los textos generales de Derecho internacional privado comunitario (en sede de Derecho aplicable, el llamado Reglamento «Roma I», esto es, el 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)² y, en la esfera procesal, 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 [denominado comúnmente como Reglamento «Bruselas I»])³ con las disposiciones materiales de las Directivas comunitarias sectoriales protectoras de la parte débil de la relación contractual (las cuales tienden a proliferar en el marco comunitario), esto es, con las normas materiales de carácter imperativo contenidas en las Directivas que han sido elaboradas por las instituciones comunitarias con el objetivo de adaptarse a las peculiares necesidades del mercado interior en determinados sectores de la contratación (consumo, trabajo, seguros y agencia comercial). De este modo, toda la referida normativa comunitaria ha de concebirse, no como textos individualmente considerados, sino como un todo unitario, como un conjunto normativo coherente, en definitiva, como instrumentos complementarios.

2. La abstracción inherente a la referida problemática, de indudable relevancia práctica, la he tratado de mitigar eligiendo como objeto del estudio uno de los contratos más habituales en el ámbito del comercio internacional debido a su extraordinaria eficacia en el marco de las técnicas de distribución indirecta de comercialización de bienes y servicios: el contrato internacional de agencia comercial. De hecho, en el marco de la mundialización, cada vez es más frecuente que las empresas recurran, para

¹ En relación con el principio de conciliación del Derecho internacional privado comunitario con el Derecho comunitario material, preconizado por los profesores E. JAYME Y C. KOHLER, *vid.* E. JAYME / C. KOHLER, «Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 - Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien», *IPRax*, 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.*, muy especialmente, 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.

² *DOUE*, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6. *Vid.*, igualmente, 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 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). La elaboración por las instituciones comunitarias del Reglamento «Roma I» ha estado motivada por una doble necesidad. Por un lado, la de transformar un Convenio internacional comunitario, el Convenio de Roma, en Reglamento comunitario; lo cual se llevó a cabo con arreglo a las bases jurídicas competenciales existentes antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, esto es, en base a los arts. 61 c) y 65 b) del TCE. Y, por otro lado, la de modernizar o actualizar algunas de sus disposiciones, adaptándolas a la actual realidad, al comercio electrónico.

³ *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).

comercializar sus productos o servicios, a agentes comerciales independientes. Y, más específicamente, la aludida problemática de conciliación, del ordenamiento jurídico comunitario, está presente en la relación jurídica existente entre el principal o empresario (que necesariamente ha de ser una persona jurídica) y el agente comercial independiente (que puede ser tanto una persona física como una persona jurídica); que es la que se deriva del contrato de agencia comercial. La problemática relativa a la coordinación o conciliación de los instrumentos legales del Derecho internacional privado comunitario, de alcance general, que regulan los contratos internacionales con el Derecho comunitario de agencia, es decir, con la controvertida Directiva 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 (Directiva 86/653/CE)⁴ ya fue objeto de un riguroso análisis en un estudio monográfico⁵ que elaboré cuando aún estaba vigente el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁶.

Como consecuencia de haber sido el señalado Convenio internacional comunitario sustituido, desde el 17 de diciembre de 2009, por un Reglamento comunitario que ha introducido algunas modificaciones sustanciales relevantes con respecto al mismo (el anteriormente mentado Reglamento «Roma I»), se hace necesario analizar el impacto del referido instrumento comunitario en lo concerniente a la ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial⁷. De este modo, en el presente trabajo vamos a abordar los mecanismos o vías que existen, en el ámbito del Reglamento «Roma I», para armonizar o conciliar las normas de conflicto, aplicables al contrato internacional de agencia comercial, que en el mismo aparecen contenidas con las disposiciones materiales de la Directiva comunitaria relativa a los agentes comerciales independientes; problemática detrás de la cual subyace, como telón de fondo, la necesidad de alcanzar una coherencia valorativa o armonía en el seno del ordenamiento jurídico comunitario y, en última instancia, de favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior⁸.

II. El impacto del Reglamento «Roma I» en los contratos de agencia «intracomunitarios»

1. Alcance de la autonomía conflictual en los contratos de agencia «intracomunitarios»

3. El proceso legislativo de la Directiva 86/653/CE se extendió durante más de veinte años debido a la oposición que manifestaron algunos Estados miembros al texto original, especialmente el Reino Unido, por considerar que el mismo limitaba excesivamente el ámbito de la libertad contractual. Dicha oposición, unida a la necesidad de llegar a un compromiso político entre los Estados miembros para que la susodicha Directiva viese la luz, ha motivado, en última instancia, que la Directiva de agencia sea una

⁴ DOCE, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382.

⁵ H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Colección «El Derecho de la Globalización», núm. 14, Madrid, 2007.

⁶ 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, hizo 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).

⁷ En relación con el impacto del Reglamento «Roma I» sobre otros dos contratos también muy habituales en la práctica comercial internacional, como es el contrato de concesión mercantil y el contrato de franquicia, vid. H. AGUILAR GRIEDER, «Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento ‘Roma I’», CDT, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 19-35. En cualquier caso, dichos contratos no son tan complejos desde el punto de vista del Derecho internacional privado, ya que los mismos, al menos por el momento, no son objeto de regulación por ninguna Directiva comunitaria, a diferencia de lo que acontece con el contrato de agencia comercial.

⁸ 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 (Dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60, especialmente pp. 45-53.

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 principal⁹.

La referida Directiva comunitaria sólo se ocupa de la relación jurídica interna, esto es, de la relación jurídica existente entre el agente comercial y el principal o empresario. Y, más en concreto, la Directiva de agencia abarca las cuestiones de la señalada relación jurídica que mayor litigiosidad suscitan: los derechos y obligaciones del principal y del agente comercial 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, muy especialmente, los aspectos relacionados con su terminación tales como el preaviso, las indemnizaciones debidas al agente comercial tras la rescisión unilateral del contrato por el principal, la cláusula de no competencia, etc. (siendo estas cuestiones las que constituyen la parte central de la Directiva).

De los Considerandos de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes se desprende que la misma ha consagrado un estatuto tutelar del agente en aras de la consecución de un doble objetivo, uno mediato y otro inmediato, los cuales están estrechamente interrelacionados entre sí.

Por un lado, la Directiva de agencia está encaminada a homogeneizar las condiciones de competencia dentro del mercado interior, favoreciendo, de este modo, la consecución del objetivo comunitario de un mercado único. La Directiva persigue, en última instancia, evitar un eventual falseamiento o distorsión de la libre competencia por parte de los principales, ya sean comunitarios o no, en el área comunitaria, y una barrera al desenvolvimiento por los agentes comerciales independientes de su actividad profesional en el seno de la UE y, por consiguiente, a la libertad comunitaria de establecimiento. Por lo tanto, la idea que late detrás del primer objetivo de la susodicha Directiva es eliminar disparidades significativas, entre las reglamentaciones nacionales de los Estados miembros, por lo que al coste económico del contrato de agencia comercial se refiere; de tal modo que no se infrinja el principio de igualdad en la competencia en el seno del mercado común, ya que ello puede tener nefastas consecuencias para la red de distribución en dicho ámbito. Ello explica que dentro de la Directiva de agencia ocupen un papel central las normas relativas a la remuneración y, muy especialmente, las que regulan la indemnización del agente comercial por la ruptura unilateral del contrato por parte del principal. Este objetivo político-económico está, pues, al servicio de favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior.

Pero la Directiva de agencia, además de perseguir fines político-económicos, presenta un acusado «carácter social», una clara finalidad tuitiva, ya que garantiza al agente comercial, en todo el área comunitaria, un nivel mínimo uniforme de protección jurídica frente al principal.

Con independencia del grado de cumplimiento por la aludida Directiva de las finalidades por la misma perseguidas, es innegable que la misma 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 (como era el caso de España) carecían de una regulación específica para el contrato de agencia.

4. La Directiva de agencia ha conseguido el logro de armonizar las legislaciones nacionales, sobre el contrato de agencia, de los Estados miembros de la UE. De hecho, todos los Estados comunitarios han transpuesto correctamente, a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la referida Directiva comunitaria. En nuestro país, su transposición se ha llevado a cabo por la ya citada Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia, la cual, al igual que otras legislaciones nacionales de los Estados miembros, ha regulado muchas cuestiones no previstas por la Directiva; aspectos éstos que quedan excluidos del alcance del principio de primacía comunitario¹⁰. De este modo, todas las legislaciones estatales de los países comunitarios respetan el nivel de protección mínimo consagrado, a favor del agente

⁹ Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad concedida por el apartado 2 c) del art. 17 de la Directiva a los Estados miembros de reconocer, además de la indemnización por clientela, la indemnización de daños y perjuicios; la cual aparece contemplada en el art. 29 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (BOE, de 29 de mayo de 1992, núm. 129).

¹⁰ Por lo que a este principio se refiere, *vid.* M. J. LUNAS DÍAZ, «El principio de primacía comunitario y el Derecho internacional privado», *RDCE*, 1998, julio-diciembre, núm. 4, pp. 473-499, p. 489, núm. 14.

comercial, por la Directiva de 18 de diciembre de 1986 y, por consiguiente, la dualidad de objetivos por la misma perseguidos. Sin embargo, existe una acusada diversidad legislativa en relación con las legislaciones de agencia de los Estados no comunitarios, ya que no en todas ellas está presente el principio tuitivo del agente en el que se ampara la referida Directiva comunitaria (tal es el caso, por ejemplo, de las legislaciones norteamericanas de agencia). De hecho, muchas de las legislaciones no comunitarias no consagran un estatuto tutelar del agente comercial e incluso, entre las que lo establecen, varía en gran medida el grado de protección que el correspondiente legislador estatal quiere otorgar al agente comercial frente al principal.

En cualquier caso, las diferencias entre las señaladas regulaciones nacionales se hacen más acusadas en relación con la terminación del contrato de agencia comercial de duración indefinida, ya que las respuestas ofrecidas por cada legislación frente a determinados aspectos con ella relacionados van a depender, de un modo directo, del principio inspirador de dicha legislación, esto es, de si ésta se ampara o no en el principio tuitivo del agente comercial y, en caso afirmativo, del grado de protección que a éste se le quiera otorgar frente al principal. De hecho, entre dichas reglamentaciones estatales existe una acentuada diversidad en torno a cuestiones tales como la posibilidad del agente de reclamar comisiones devengadas por actividades que haya desarrollado durante la vigencia del contrato de agencia y que serán efectivamente realizadas una vez finalizado el mismo; los plazos de preaviso por finalización del contrato de duración indefinida por la voluntad unilateral del principal (que suelen determinarse en función del período de vigencia del contrato); los límites impuestos a las «cláusulas de no competencia»; y, muy especialmente, el derecho del agente comercial, bajo determinadas condiciones, al cobro de una indemnización o reparación del perjuicio por la extinción del contrato de agencia, de carácter indefinido, por causa no imputable al mismo. Dichas indemnizaciones, que son las que constituyen el núcleo duro o central de la Directiva de agencia y las que ocasionan una mayor litigiosidad en el ámbito del comercio internacional, únicamente las contemplan las legislaciones nacionales que establecen un estatuto tutelar del agente comercial. Pero, incluso dentro de las legislaciones estatales tuitivas del agente, se aprecian amplias divergencias por lo que a estas indemnizaciones se refiere. De hecho, dentro de estas últimas legislaciones, la cuantía de las indemnizaciones a percibir por el agente comercial varía en gran medida, y ello como consecuencia de la existencia de diferentes tipos de indemnización y, en última instancia, de distintos sistemas de cálculo del montante a satisfacer por el principal al agente. No es de extrañar que la disparidad de reglamentaciones nacionales, del contrato de agencia, se manifieste con mayor intensidad por lo que a las cuestiones relativas a su extinción se refiere, que son precisamente las que mayor litigiosidad suscitan en la práctica, ya que es en este momento en el cual mayor necesidad de protección merece el agente comercial frente a los posibles abusos del principal.

5. Una de las peculiaridades más llamativas de los contratos de agencia comercial es la situación de desequilibrio existente, con carácter general, en la posición negocial de las partes; siendo común que el agente comercial sea la parte débil de la relación contractual. De hecho, pese a que existen ciertos casos en los cuales el agente comercial tiene un gran poder negociador, lo habitual es que el principal le imponga los términos del contrato. El principal, consciente de esta amplia variedad legislativa, 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 las legislaciones nacionales protectoras del agente. De este modo, es habitual que el principal, por medio de una cláusula de elección de ley, elija como ley rectora del contrato de agencia que le vincula a la ley de un Estado no comunitario que no se ampare en el principio tuitivo del agente comercial y que, por consiguiente, no respete el umbral de protección mínimo consagrado a favor del mismo por las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia.

Dicha actuación del principal ha de ser evitada, ya que conlleva importantes efectos negativos. Por un lado, para el mercado comunitario, ya que propicia una competencia falseada en el mismo. Por otro lado, también acarrea consecuencias negativas para los agentes comerciales, ya que éstos van a quedar desprotegidos frente a eventuales abusos del principal y en clara inferioridad de condiciones con respecto a los agentes cuyo poder económico sea superior al de sus respectivos principales. Y, por último, la referida actuación también va a resultar perjudicial para los principales que no gocen de la aludida

situación de predominio negociador, ya que los mismos van a operar en el correspondiente mercado en clara inferioridad de condiciones con respecto a los principales más potentes.

6. Al margen de lo señalado, de un análisis del Derecho internacional privado de producción internacional y del Derecho internacional privado comparado se desprende que la autonomía de la voluntad de las partes es un principio generalmente admitido en materia de contratos internacionales¹¹. Ello no significa, sin embargo, que la misma no esté sujeta a ciertos límites. Una importante limitación a la autonomía de la voluntad, en materia de obligaciones contractuales, aparece impuesta por la necesidad de proteger al contratante económicamente débil, y ello en aras de que la debilidad de su posición contractual no le reporte perjuicios¹². En palabras del profesor P.H. NEUHAUS, la autonomía de la voluntad conflictual pierde su sentido cuando conduce a la dominación de la parte débil por la parte fuerte de la relación litigiosa¹³.

En el marco del Reglamento «Roma I», al igual que acontecía con el Convenio de Roma, el contrato internacional de agencia comercial, como consecuencia de no existir ninguna norma de conflicto especial para esta categoría normativa en el régimen especial de determinación de la *lex contractus*, está sujeto a las reglas generales de determinación de la ley aplicable previstas en dicho cuerpo legal (arts. 3 y 4). Dichas reglas parten implícitamente de la base, aunque de un modo más atenuado que en el ámbito del Convenio de Roma, de que no existe una necesidad especial de protección, esto es, de una situación de equilibrio en la posición contractual de las partes. De este modo, el Reglamento «Roma I» sigue manteniendo una descoordinación, al menos aparente, con la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, que es preciso resolver.

7. Al igual que ocurría en el marco del Convenio de Roma, la amplia autonomía de la voluntad conflictual, consagrada por el apartado 1º del art. 3 del Reglamento «Roma I», unido a la situación de desequilibrio negocial habitualmente existente en este tipo de contratos, conlleva un importante riesgo, ya que puede esconder una elección de ley unilateral por el principal, es decir, puede ser utilizada por este último para imponer al agente comercial, cuya posición contractual sea más débil, una cláusula de elección de una ley estatal no comunitaria que no respete el nivel mínimo de protección del agente comercial, impuesto por las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, en un supuesto litigioso que quede incluido dentro de su ámbito de aplicación espacial¹⁴. No obstante, el propio art. 3 del Reglamento «Roma I» prevé, en su apartado 4º, un mecanismo o cauce para evitar que esta situación se produzca en los contratos de agencia comercial «intracomunitarios», que son aquellos cuyos elementos se encuentran localizados en el territorio comunitario. Por virtud de dicho apartado, «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»¹⁵. Dicho

¹¹ Vid. el Considerando 11 del Reglamento «Roma I», por virtud del cual la «libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales».

¹² Vid. el Considerando 23 del Reglamento «Roma I», por virtud del cual en cuanto a «los contratos celebrados con partes consideradas más débiles es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales».

¹³ P.H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, Tübingen, 1976, p. 257. No obstante, en opinión del profesor P. MAYER, es necesario velar por «no extender excesivamente la noción de parte débil, so pena de cambiar drásticamente el funcionamiento de la ley de autonomía», por lo que es preciso «distinguir según que la debilidad se manifieste en el momento de la conclusión del contrato, o posteriormente (durante la ejecución o la ruptura del mismo)». Según dicho autor, «sólo en el primer caso se puede temer un uso abusivo del principio de autonomía que conviene mitigar» (P. MAYER, «Lois de police», *Répertoire Dalloz de Droit International*, Tomo II, Paris, 2001, pp. 1-9, p. 4, núm. 21).

¹⁴ Como posteriormente veremos, dicho objetivo también lo puede conseguir el principal por medio de una cláusula de elección de foro. En relación con el ámbito de aplicación territorial de la Directiva comunitaria de agencia, *vid.* el núm. 2C) del apartado III del presente trabajo.

¹⁵ La cláusula de protección del Derecho comunitario fue incorporada, por vez primera, en el apartado 5º del art. 3 de la Propuesta de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). De conformidad con el señalado apartado de la Propuesta de Reglamento «Roma I», «la elección por las partes de la ley

mecanismo, cuyo objetivo es prevenir el fraude al Derecho comunitario¹⁶, recibe la denominación de cláusula general de protección del Derecho comunitario o, incluso, de «cláusula del Mercado Interior»¹⁷.

La cláusula de protección del Derecho comunitario, al igual que las normas de conflicto especiales contempladas en el apartado 1º del art. 4 del Reglamento «Roma I», contribuye a imprimir cierta especialización en el régimen general de determinación de la ley aplicable contenido en el señalado Reglamento comunitario. Al margen de lo señalado, detrás de la cláusula de protección del Derecho comunitario también está latente una tímida tendencia a la materialización de las reglas generales de determinación de la *lex contractus*, ya que la misma constituye un eficaz instrumento para garantizar el respeto de los objetivos perseguidos, tanto por la Directiva de agencia, como por las restantes Directivas que atienden a las peculiaridades propias de determinados sectores de la contratación en los cuales también existe una parte débil (contratos de consumo, de trabajo y de seguro)¹⁸.

8. En el marco del Convenio de Roma, que no contemplaba una cláusula de protección del Derecho comunitario, tan sólo cabía aplicar analógicamente el apartado 3º del art. 3, en los contratos de agencia comercial «intracomunitarios», para impedir la operatividad de las cláusulas de elección de una ley estatal no comunitaria que no respetase el Derecho comunitario de agencia, esto es, el nivel mínimo de protección conferido al agente comercial por las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia¹⁹. En base a una aplicación analógica del susodicho apartado del Convenio de Roma, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros debían de aplicar las normas de *ius cogens* de la ley objetivamente aplicable al contrato internacional de agencia comercial, que necesariamente había de ser, en las relaciones de agencia «intracomunitarias», la ley de un Estado comunitario. A nuestro modo de ver, dicha interpretación era consecuente con el funcionamiento general del Convenio de Roma, así como con el propio sentido y tenor literal del apartado 3º del art. 3 del señalado cuerpo convencional, ya que, como consecuencia de no estimar el susodicho apartado válida tal elección del Derecho aplicable, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros habrían de recurrir, para determinar la *lex contractus*, al art. 4 del Convenio de Roma²⁰.

En cualquier caso, en el ámbito del Reglamento «Roma I», debido a la existencia de una cláusula de protección del Derecho comunitario, no es necesario recurrir a la aludida aplicación analógica; lo cual implica un importante avance en la prevención del fraude al Derecho comunitario, ya que la referida cláusula constituye un mecanismo mucho más seguro y uniforme que el que permitía la aplicación, por la vía analógica, del apartado 3º del art. 3 del Convenio de Roma. Por esta razón, el legislador comunitario, en lugar de extender expresamente el ámbito de aplicación del señalado apartado a las si-

de un Estado no miembro no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario cuando sean aplicables al caso particular». Por lo que se refiere al origen y a las implicaciones del referido apartado de la Propuesta de Reglamento «Roma I», *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 54-60.

¹⁶ P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement de la Comisión européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *RCDIP*, 2006, vol. 95, núm. 2, pp. 331-349, p. 337, núm. 10, el cual se muestra muy crítico con la cláusula general de protección del Derecho comunitario consagrada por el art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento «Roma I».

¹⁷ De este último modo la ha denominado 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.

¹⁸ Un análisis de la presencia de la señalada dualidad de intereses, tuitivos y económico-políticos, en las Directivas comunitarias sectoriales puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 48-53.

¹⁹ De conformidad con el art. 3.3 del Convenio de Roma, «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'». En relación con la imperiosa necesidad de aplicar analógicamente el art. 3.3 del Convenio de Roma, para hacer inoperativas las cláusulas de elección de ley, en las situaciones privadas internacionales «intracomunitarias» en las que la ley elegida por las partes del contrato fuese la de un país no comunitario que no respetase el nivel de protección mínimo fijado por el Derecho comunitario material, *vid.*, muy especialmente, 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.

²⁰ Para un exhaustivo análisis de esta cuestión, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 96-101.

tuaciones privadas intracomunitarias, ha 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])²¹ y las intracomunitarias (en su apartado 4º).

9. Como anteriormente hemos adelantado, desde una perspectiva *de lege lata*, la cláusula general de protección del Derecho comunitario únicamente es susceptible de aplicación a los contratos internacionales de agencia comercial «intracomunitarios», es decir, a aquellos contratos internacionales de agencia comercial cuyos elementos estén vinculados, en el momento de la elección, al espacio comunitario, esto es, a Estados miembros de la UE. Y, en el supuesto de entender que el término «elementos pertinentes» de la situación jurídica, que utiliza la cláusula general que aparece consagrada en el art. 3.4 del Reglamento, se refiere a «elementos relevantes»²², también podrían verse afectadas por esta cláusula algunas situaciones privadas internacionales «extracomunitarias», en concreto, aquellas cuyos elementos no conectados con el territorio comunitario fuesen «no relevantes» (las cuales podrían considerarse como situaciones privadas «relativamente intracomunitarias»). En relación con los contratos internacionales de agencia comercial, tienen la consideración, en cualquier caso, de «elementos relevantes» los siguientes: el establecimiento profesional del empresario o principal, la residencia habitual o establecimiento profesional del agente comercial, así como el mercado afectado, esto es, el mercado en el cual el agente comercial promueve los productos o servicios del principal. A nuestro modo de ver, si estos elementos esenciales del contrato internacional de agencia comercial están vinculados al ámbito comunitario, resultaría de aplicación la cláusula general de protección del Derecho comunitario que el art. 3 del Reglamento contempla. Así, por ejemplo, sería aplicable la referida cláusula, por los tribunales españoles ante los cuales el agente comercial presentase su demanda frente al principal, en el supuesto en que el principal tuviese su establecimiento profesional en Italia, el agente comercial estuviese establecido en Portugal, el mercado afectado fuese el español y el contrato internacional de agencia comercial contuviese una cláusula de elección de ley a favor de la ley material canadiense (siempre y cuando ésta no respetase el nivel de protección mínimo fijado por la Directiva de agencia en lo referente a la petición jurídica objeto de la demanda en cuestión). Sin embargo, dicha cláusula no resultaría operativa si la elección de ley jugase a favor de la ley de agencia italiana (la cual ha transpuesto correctamente la Directiva 86/653/CE) y ésta fuera menos favorable para el agente comercial, en relación con el objeto de la demanda, que la ley española (ley del foro) y que la ley portuguesa (ley objetivamente aplicable al señalado contrato internacional de agencia comercial). De ello se desprende que la mencionada cláusula, más que tratar de amparar a la parte débil de la relación litigiosa (que en nuestro caso es el agente comercial), trata de proteger los intereses públicos perseguidos por las Directivas comunitarias sectoriales.

Al margen de lo señalado, la cláusula general de protección del Derecho comunitario del Reglamento «Roma I» señala que la elección, por las partes de la relación jurídico-privada internacional, de la ley de un Estado no comunitario no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario que no puedan excluirse mediante acuerdo. Por lo tanto, el legislador comunitario ha querido extender la protección conferida por la señalada cláusula general al conjunto del Derecho comunitario y, por consiguiente, a todos los sectores de la contratación que sean o lleguen a ser objeto de regulación por Directivas comunitarias sectoriales y a todas sus disposiciones imperativas. Ello está en sintonía con la dualidad de intereses latente en las Directivas que han sido elaboradas por las instituciones comunitarias para determinados sectores de la contratación. Ello supone un importante avance con respecto a la cláusula de protección del Derecho comunitario que aparecía prevista en el art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento «Roma I», la cual no abarcaba a todas las disposiciones imperativas del Derecho comunitario.

²¹ Por virtud de dicho apartado, «cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo». *Vid.* el Considerando 15 del Reglamento «Roma I». El art. 3.3 del susodicho Reglamento comunitario, al igual que acontecía con el art. 3.3 del Convenio de Roma, 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.

²² De hecho, en la cláusula consagrada en el art. 3.3 del Reglamento «Roma I» el legislador comunitario ha utilizado el término «elementos pertinentes», mientras que el Considerando 15 del mencionado texto internacional, que se refiere a la señalada cláusula, emplea el de «elementos relevantes» de la situación; lo cual induce a pensar que se trata de conceptos equivalentes.

rio derivado, sino únicamente a las que fuesen «aplicables al caso particular»; sin especificar qué disposiciones imperativas de las Directivas comunitarias sectoriales son susceptibles de dicha consideración. En suma, en el marco del Reglamento «Roma I», todas las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, tanto las expresa como las implícitamente imperativas, quedan bajo el amparo o protección de la mentada cláusula general; siempre y cuando la relación de agencia comercial «intracomunitaria» de que se trate quede incluida dentro del ámbito de aplicación territorial de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes²³.

Y, por último, señalar que, de conformidad con el art. 3.4 del Reglamento «Roma I», las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia se aplicarán, por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, tal como hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico del foro. Así, por ejemplo, si es un tribunal español el que conoce de una controversia jurídica suscitada con motivo de un contrato de agencia comercial «intracomunitario», éste habría de aplicar las normas de *ius cogens* de la ley española de agencia, y no las de la ley objetivamente aplicable al susodicho contrato. Dicha postura del legislador comunitario, si bien es cierto que es la más cómoda para el órgano jurisdiccional y que respeta el nivel de protección mínimo uniforme consagrado por la Directiva de agencia a favor del agente comercial (y, consiguientemente, los objetivos por la misma perseguidos), fomenta de un modo innecesario el *forum shopping* «residual» a favor de la aplicación de la ley de un determinado Estado miembro²⁴, ya que puede inducir al principal a incluir, en el contrato de agencia comercial «intracomunitario» que celebre, una cláusula de elección de ley a favor de un país no comunitario con la mera intención de que, por la vía de la cláusula de protección del Derecho comunitario, resulten aplicables las normas internas de agencia del ordenamiento jurídico del foro. A nuestro modo de ver, esta actitud, que favorece, aunque con un alcance meramente parcial, el *forum shopping*, podría evitarse si el legislador comunitario considerase aplicables, en estos casos, las normas de *ius cogens* (esto es, las normas internas imperativas) de la ley de agencia objetivamente aplicable en ese supuesto concreto al contrato internacional de agencia comercial (que habrá de ser necesariamente la ley de un Estado miembro de la UE). De este modo, se privaría de toda operatividad, en los contratos de agencia comercial «intracomunitarios», a la elección «unilateral» por el principal de la ley de un Estado no comunitario que no respetase las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia; lo cual implicaría que éste no pudiese abusar de su ventajosa posición negocial (que no olvidemos que es uno de los objetivos perseguidos por la susodicha Directiva comunitaria). Además, dicha interpretación, que ya defendimos en relación con la aplicación analógica del art. 3.3 del Convenio de Roma, nos parece que está en clara sintonía con el funcionamiento general del Reglamento «Roma I», así como con el propio sentido de la cláusula de protección del Derecho comunitario.

2. Ley aplicable en defecto de elección en los contratos de agencia «intracomunitarios»

10. En defecto de elección de ley, por las partes del contrato internacional de agencia «intracomunitario», o de ser la misma inválida con arreglo a lo dispuesto en el art. 3 del Reglamento «Roma I», habrá de estarse, para determinar la ley aplicable al contrato internacional de agencia comercial, a lo previsto en el art. 4 del susodicho Reglamento comunitario, el cual forma parte del régimen general de determinación de la *lex contractus*. Como es sabido, el art. 4 del señalado Reglamento ha modificado sustancialmente el contenido del art. 4 del Convenio de Roma²⁵, por lo que es preciso analizar en qué

²³ El alcance espacial de la mentada Directiva será objeto de análisis en el último apartado del presente trabajo.

²⁴ Vid. P. LAGARDE / A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *RCDIP*, 2008, vol. 97, núm. 4, pp. 727-780, pp. 737-738, núm. 10; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Colección «El Derecho de la Globalización», núm. 17, Madrid, 2009, pp. 151-152, núm. 112, según el cual al «legislador comunitario le resulta indiferente qué concreta Ley de un Estado miembro resulta aplicable al contrato (= es la llamada ‘indiferencia conflictual del Derecho comunitario’)»; así como A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2010, 11ª ed., pp. 457-617, p. 519, núm. 128, los cuales recalcan que el espacio para un *forum shopping* residual, permitido por la referida cláusula general, «es muy limitado y de escaso alcance».

²⁵ En relación con las novedades introducidas por el art. 4 del Reglamento «Roma I», vid., muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2010, pp. 527-587, núms. 149-233; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 169-212, núms. 132-170; así como F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento ‘Roma I’ sobre la ley aplicable a las obligaciones

medida dichas alteraciones o cambios, introducidos por el legislador comunitario en el referido precepto, afectan al contrato internacional de agencia comercial.

A diferencia de lo que acontecía con el art. 4 del Convenio de Roma, el art. 4 del Reglamento «Roma I», en aras de fomentar la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo y de potenciar la especialización en las soluciones, incorpora en su apartado 1º diversas normas de conflicto especiales que regulan contratos internacionales muy extendidos en la práctica internacional. Pese a la amplia utilización del contrato de agencia en el ámbito del comercio internacional, el legislador comunitario no ha previsto una norma de conflicto específica para los contratos de agencia, aunque sí para los contratos «de franquicia» (que se regulan, a falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en su art. 3, por la ley del país en el cual el franquiciado tenga su residencia habitual [art. 4.1.e]) y para los contratos «de distribución» (que se rigen, en defecto de elección, por la ley del país en el cual el distribuidor resida habitualmente [art. 4.1.f])²⁶. A nuestro modo de ver, detrás de dichas normas conflictuales subyace, aunque tímidamente, el principio tuitivo (aunque más en términos de justicia conflictual que de justicia material)²⁷. Al margen de lo señalado, otra de las normas de conflicto específicas contempladas por el legislador comunitario tiene por objeto regular los contratos «de prestación de servicios», los cuales se rigen por la ley del país en el cual el prestador del servicio tenga su residencia habitual (art. 4.1.b). Por lo tanto, es preciso determinar si el contrato internacional de agencia comercial es susceptible de quedar subsumido dentro del supuesto de hecho de cualquiera de las referidas normas de conflicto especiales.

11. Por un lado, tal como se desprende del Considerando 17 del Reglamento «Roma I», los contratos de prestación de servicios a los que hace referencia el apartado 1º del art. 4 del Reglamento «Roma I» han de interpretarse del mismo modo que el apartado 1º del art. 5 del Reglamento «Bruselas I» (el cual contiene el foro especial de competencia judicial internacional en materia contractual y señala cuál es, al menos *a priori*, el lugar del cumplimiento de la obligación litigiosa para dos categorías contractuales: los contratos de «compraventa de mercaderías» y los contratos de «prestación de servicios»)²⁸. Dicha previsión es lógica, ya que, en aras de alcanzar la propugnada coherencia valorativa en el seno del ordenamiento jurídico comunitario, las Directivas sectoriales elaboradas por las instituciones comunitarias para determinados sectores de la contratación, el Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Reglamento «Bruselas I» han de ser concebidos como instrumentos complementarios. Y, como es sabido, en el marco del art. 5.1 del Reglamento «Bruselas I», los contratos de agencia comercial quedan incluidos dentro de la categoría de contratos «de prestación de servicios»²⁹.

contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *La Ley (Unión Europea)*, de 30 de mayo de 2008, núm. 6957, pp. 1-10, pp. 5-6; *id.*, «Obligaciones contractuales», en *La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios*, bajo la coordinación de A. BORRÁS, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 607-634, pp. 615-619.

²⁶ En contra de la solución de ambas normas de conflicto se ha mostrado P. LAGARDE, *loc. cit.*, 2006, pp. 339. En opinión de P. BERLIOZ, «si se admite que es el concesionario quien, distribuyendo los productos del concedente, suministra un servicio a este último, el artículo 4 f) que dispone que el contrato de distribución se rige por la ley del país en el cual el distribuidor tiene su residencia habitual no constituye más que una aplicación puntual del principio fijado en el artículo 4 b)» (P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement 'Bruxelles I'», *JDI*, 2008, vol. 135, núm. 3, pp. 675-717, p. 713, núm. 149).

²⁷ *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2009, pp. 33-35.

²⁸ De conformidad con el Considerando 17 del Reglamento «Roma I», por «lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, los conceptos de 'prestación de servicios' y de 'venta de mercaderías' deben interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de servicios están cubiertos por dicho Reglamento». Con un alcance menos sectorial, *vid.* el Considerando 7 del Reglamento «Roma I», por virtud del cual las disposiciones del susodicho instrumento comunitario han de interpretarse de un modo coherente con el Reglamento «Bruselas I». En opinión del profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el concepto de contrato de «prestación de servicios», utilizado por el art. 4.1 del Reglamento «Roma I», es un concepto autónomo que «debe interpretarse en un sentido muy amplio», ya que «sólo de ese modo se logra un auténtico efecto útil del art. 4.1.b Reg. Roma I y se evita entrar en disquisiciones sobre cuál es la prestación característica de este contrato» (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, p. 181, núm. 139).

²⁹ *Vid.*, por ejemplo, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2010, p. 468, núm. 17; así como M.E. ANCEL, «Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I», *RCDIP*, 2008, vol. 97, núm. 3, pp. 561-579, p. 579, núm. 22. Un análisis del concreto ámbito de aplicación del art. 5.1.b) del Reglamento «Bruselas I», que recurre a un concepto autónomo de contrato de «prestación de servicios», puede encontrarse en P. BERLIOZ, *loc. cit.*, 2008, pp. 675-717; así como en J.M. JACQUET, *JDI*, 2008, vol. 135, núm. 2, pp. 521-531, el cual estudia diversas sentencias de la Corte de casación francesa bajo las cuales subyace la problemática relativa a la aplicación de dicho concepto a los contratos de distribución.

Teniendo en cuenta lo señalado y que en los contratos de agencia comercial el «prestador del servicio» es el agente comercial, los mismos se regirán por la ley del país en el cual el agente comercial tenga su residencia habitual.

Pero, por otro lado, hay que tener en cuenta que el legislador comunitario prevé normas de conflicto especiales para determinados contratos «de prestación de servicios», en concreto, para los contratos «de distribución» y para los contratos «de franquicia»³⁰. Teniendo en cuenta que existe una conocida máxima en Derecho por virtud de la cual la regla especial prevalece sobre la regla general, en el supuesto en que los contratos de agencia comercial sean susceptibles de ser subsumidos dentro de la norma de conflicto relativa a los contratos «de distribución», resultaría aplicable a los mismos, en lugar de la norma de conflicto concerniente a los contratos «de prestación de servicios», la norma de conflicto más específica, esto es, la que regula los contratos «de distribución».

Como es sabido, en algunos ordenamientos jurídicos estatales tienen la consideración de contratos de distribución los siguientes contratos: los de concesión mercantil, los de franquicia y los de agencia comercial. No obstante, los conceptos jurídicos utilizados por las normas de conflicto del Reglamento «Roma I» son conceptos autónomos y que, por consiguiente, no se interpretan conforme a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la UE³¹, sino en base, fundamentalmente, a la finalidad de la norma conflictual en cuestión. La razón por la cual el legislador comunitario ha previsto una norma de conflicto especial para los contratos «de distribución», al igual que ocurre con los contratos «de franquicia», es para evitar la ausencia de uniformidad de soluciones que existía en el marco del Convenio de Roma, entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE (e incluso, en ocasiones, en el seno de un mismo Estado miembro), en relación con la determinación de la prestación característica en los contratos de concesión comercial (denominados, igualmente, como contratos de distribución en exclusiva); problemática que no existía, sin embargo, con respecto a los contratos de agencia comercial. Ello 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 de prestación característica. 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 concedente³²; otra que defendía que era el concesionario o distribuidor el que la llevaba a cabo³³ (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 Roma³⁴. A

³⁰ Tal como ha puesto de manifiesto el Considerando 17 del Reglamento «Roma I», aunque «los contratos de franquicias y de distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas».

³¹ En un sentido similar, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, p. 177, según el cual los conceptos utilizados por el art. 4.1 del Reglamento «Roma I» son propios de este Reglamento comunitario, debiéndose de concretar exclusivamente en base a criterios interpretativos propios del referido Reglamento y no «con arreglo al Derecho de ningún país o Estado miembro en concreto». Tal como ha señalado el susodicho autor, «sea cual sea la Ley que rija el contrato, la primera ‘calificación’ de dicho contrato debe realizarse a partir de ‘conceptos comunitarios’ de tales contratos».

³² *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).

³³ *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 28 de abril de 2000, con la nota de P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *AEDIPr*, 2002, Tomo II, pp. 679-682, el cual considera razonable la postura propugnada por la referida sentencia y por la doctrina mayoritaria (tanto española como extranjera), consistente en defender 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.

³⁴ *Vid.* 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, pp. 358-360, núms. 21-23.

diferencia de lo que acontece con el contrato de franquicia y con el de concesión comercial³⁵ (que es, básicamente, la categoría contractual que queda incluida dentro de la norma de conflicto especial prevista por el Reglamento «Roma I» para los contratos «de distribución»³⁶), en que tanto el concesionario (denominado comúnmente como distribuidor) como el franquiciado actúan en nombre y por cuenta propia, esto es, compran y revenden el producto o servicio de que se trate en el territorio que les haya sido atribuido; en el contrato de agencia comercial, el agente actúa en nombre y por cuenta ajena, en concreto, del fabricante o exportador.

En suma, a nuestro modo de ver, dentro de la norma de conflicto especial prevista por el legislador comunitario para los contratos «de distribución» no tienen cabida los contratos de agencia comercial; por lo que a los mismos les será aplicable la norma de conflicto relativa a los contratos «de prestación de servicios». En cualquier caso, el resultado hubiese sido idéntico de haber sido aplicable a los contratos de agencia comercial la norma de conflicto referente a los contratos «de distribución», ya que, con arreglo a ambas normas conflictuales, la ley rectora es la ley del país donde el agente comercial tenga su residencia habitual³⁷.

12. En otro orden de cosas, es preciso tener presente que, en los contratos de agencia comercial «intracomunitarios», el agente comercial va a tener necesariamente su residencia habitual en un Estado miembro de la UE. Por lo tanto, en dichos contratos no van a intervenir las normas materiales internacionalmente imperativas, ni ningún otro mecanismo del Reglamento «Roma I», para la consecución de los objetivos perseguidos por la Directiva de agencia, ya que todas las legislaciones nacionales de agencia de los países comunitarios, en la medida en que han transpuesto la misma a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, respetan el nivel de protección mínimo impuesto por la referida Directiva a favor del agente comercial y, consiguientemente, los objetivos por la misma perseguidos.

13. De lo señalado se desprende que, en relación con el contrato internacional de agencia comercial, no va a intervenir la regla subsidiaria que aparece consagrada en el apartado 2º del art. 4 del Reglamento «Roma I». Dicha regla subsidiaria únicamente interviene en los supuestos en los cuales el contrato internacional de que se trate no esté cubierto por ninguna de las normas de conflicto especiales contempladas en el apartado 1º del precepto, así como en aquellos en los cuales los elementos del contrato internacional en cuestión correspondan a más de una de las letras a) a h) del art. 4.1 del Reglamento (es decir, cuando se trate de «contratos mixtos o complejos, contratos formados por elementos procedentes de tipos contractuales diferentes»³⁸). En cualquiera de estos dos casos, el legislador comunitario ha previsto que al contrato internacional le sea aplicable la ley del país en el cual tenga su residencia habitual el prestador característico, es decir, la parte que haya de realizar la prestación característica del correspondiente contrato. En suma, en el supuesto de que el legislador comunitario no hubiese previsto ninguna norma de conflicto especial en la cual pudiera tener cabida el contrato de agencia comercial y de haber tenido que entrar en juego la referida regla subsidiaria, el resultado no hubiese sido diferente al anteriormente señalado, ya que, en esta categoría contractual, es el agente comercial la parte que debe realizar la prestación característica, es decir, aquella prestación por la cual se debe el pago.

En efecto, la actividad de promoción, que es la obligación principal del agente, constituye el eje central del contrato de agencia comercial, la esencia misma del objeto de dicho contrato³⁹. La promo-

³⁵ 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.

³⁶ *Vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2010, pp. 560-561.

³⁷ Dada la importancia que tiene el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento «Roma I», es lógico que dicho instrumento comunitario lo defina en su art. 19. Al margen de lo señalado, dicha definición está en sintonía con el objetivo básico del Reglamento «Roma I», que es la consecución de la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo. Tal como pone de manifiesto el Considerando 39 del susodicho Reglamento, la «seguridad jurídica exige que se establezca una definición clara de residencia habitual, en particular para las sociedades y asociaciones o personas jurídicas. Contrariamente al artículo 60, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 44/2001, que propone tres criterios, la norma de conflicto de leyes debe limitarse a un criterio único; en caso contrario, las partes no podrán prever la ley aplicable a su situación».

³⁸ *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, p. 192.

³⁹ *Vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 106-107.

ción 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. Sin embargo, la obligación básica o fundamental del principal consiste en satisfacer al agente comercial la remuneración pactada; derivándose dicha obligación específica del deber genérico del principal de actuar lealmente y de buena fe en sus relaciones con el agente.

Únicamente en los contratos internacionales que no puedan quedar subsumidos dentro de las normas de conflicto especiales consagradas por el legislador comunitario en el art. 4.1 del Reglamento «Roma I» y en los cuales no pueda determinarse su prestación característica (como ocurre con el contrato de permuta), que como hemos señalado no es el caso del contrato de agencia comercial, entraría en juego la segunda regla subsidiaria o cláusula de cierre del sistema, la cual aparece prevista en el apartado 4º del art. 4 del Reglamento (que recurre al criterio de conexión de los vínculos más estrechos).

14. Y, por último, señalar que el art. 4 del Reglamento «Roma I» consagra en su apartado 3º una cláusula de excepción, la cual es susceptible de intervenir en relación con la generalidad de los contratos internacionales, y no únicamente con respecto a un determinado tipo contractual. El legislador comunitario ha recalcado la intervención particularmente excepcional de la cláusula de excepción contenida en el art. 4.3 del Reglamento; la cual interviene aun más excepcionalmente que lo que lo hacía la cláusula de excepción que aparecía contenida en el apartado 5º del art. 4 del Convenio de Roma⁴⁰. A nuestro modo de ver, la intervención de la cláusula de excepción que aparece consagrada en el art. 4.3 del Reglamento «Roma I» únicamente tendría sentido, en materia de contratos internacionales de agencia comercial, en el hipotético supuesto en que coincidiesen en el mismo país el establecimiento profesional del principal y el mercado afectado (esto es, el lugar en el cual el agente comercial promueve los productos o servicios del principal). Y esta circunstancia es muy difícil que se produzca en la práctica, ya que los fabricantes o exportadores recurren a esta modalidad contractual con el objeto de colocar sus productos o servicios en mercados ajenos a aquel en el cual están establecidos, para así hacerse más competitivos. Como consecuencia de lo señalado, la referida cláusula de excepción va a ser muy poco habitual que intervenga en relación con los contratos internacionales de agencia comercial. No obstante, en el hipotético supuesto en que se produjese la mencionada coincidencia, tratándose de un contrato de agencia comercial «intracomunitario», dicha ley sería necesariamente la de un Estado comunitario, por lo que se respetaría la regulación imperativa comunitaria de agencia.

15. En los apartados anteriores hemos estudiado la problemática relativa a la ley objetivamente aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial «intracomunitarios» desde un plano o enfoque *de lege lata*. Desde nuestro punto de vista, desde una perspectiva *de lege ferenda*, en defecto de elección por las partes de conformidad con lo previsto en el art. 3 del Reglamento «Roma I», el

⁴⁰ Por virtud del art. 4.3 del Reglamento, si «del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos *manifestamente más estrechos* con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país». Sin embargo, de conformidad con el art. 4.5 del Convenio de Roma, las «presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos *más estrechos* con otro país» (como puede observarse, dicho apartado recalca mucho menos que el anterior su excepcionalidad). Las cursivas no son originales de los preceptos transcritos.

contrato internacional de agencia comercial, tanto el «intracomunitario» como el «extracomunitario» y, por consiguiente, las relaciones internas entre principal y agente que de éste se deriven, habría de regirse por la ley del país en el cual el agente comercial ejerza su actividad profesional para el principal y, más en concreto, la actividad de promoción de los bienes o servicios del principal, ya que es, precisamente, dicha actividad la que constituye el eje central de todo contrato de agencia. Este criterio de conexión, al igual que el de la residencia habitual del agente (designado de conformidad con el art. 4.1 del Reglamento «Roma I» y, en el marco del Convenio de Roma, por la presunción general contemplada en el apartado 2º de su art. 4), presenta el acierto de su previsibilidad y de centrarse en la persona, no del principal, sino en la del agente comercial, que es, además de la parte que lleva a cabo la prestación característica del contrato de agencia comercial, la parte supuestamente débil de la relación litigiosa⁴¹. Al margen de lo señalado, el criterio de conexión, propugnado desde una perspectiva *de lege ferenda*, conllevaría la aplicación de la ley del mercado afectado, esto es, de la ley del país que tiene interés en evitar el juego de una competencia falseada en su propio mercado. De este modo, se conseguiría dar un trato común a todos los agentes comerciales que operasen en un mismo mercado. En cualquier caso, en la práctica es muy habitual que el lugar en el cual el agente comercial ejerce su actividad profesional para el principal coincida con el país en el cual se encuentra situado su establecimiento profesional o su residencia habitual.

III. El impacto del Reglamento «Roma I» en los contratos de agencia «extracomunitarios»

1. Alcance de la autonomía conflictual y ley aplicable en defecto de elección en los contratos de agencia «extracomunitarios»

16. Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, tienen la consideración de contratos de agencia comercial «extracomunitarios» aquellos que tienen al menos uno de sus elementos desvinculado del área comunitaria (el establecimiento profesional del principal, la residencia habitual o establecimiento profesional del agente comercial y/o el mercado afectado). Así, por ejemplo, tiene dicha consideración un contrato en el cual el principal tenga su establecimiento profesional en California, el agente comercial resida habitualmente en Francia y se haya obligado a promocionar los productos del empresario en el mercado español.

Desde una perspectiva *de lege lata*, en el marco del Reglamento «Roma I», dichos contratos internacionales de agencia comercial quedan excluidos del amparo de la cláusula general de protección del Derecho comunitario que aparece consagrada en su art. 3.4. No obstante, si entendemos que el término «elementos pertinentes» de la situación jurídica, que dicho apartado utiliza, equivale al de «elementos relevantes», quedarían amparados por la referida cláusula de protección del Derecho comunitario, además de los contratos de agencia comercial «intracomunitarios», los que hemos denominado como contratos de agencia comercial «relativamente intracomunitarios», es decir, aquellos contratos internacionales de agencia comercial cuyos elementos relevantes (esto es, el establecimiento profesional del principal, el mercado afectado y la residencia habitual o establecimiento profesional del agente comercial) se encuentren conectados al territorio comunitario⁴².

17. Teniendo en cuenta los importantes objetivos, tanto públicos como privados, perseguidos por las Directivas elaboradas por las instituciones comunitarias para determinados sectores de la contratación, hubiese sido deseable, desde una perspectiva *de lege ferenda*, que el Reglamento «Roma I» incluyese dentro de la esfera o ámbito de aplicación, de su cláusula general de protección del Derecho comunitario, tanto a los contratos «intracomunitarios» (es decir, aquellos cuyos elementos se encuentran localizados en el territorio comunitario) como a los «extracomunitarios». A nuestro modo de ver,

⁴¹ Si bien es cierto que ninguna de ambas leyes tiene que ser necesariamente la más favorable al agente comercial, también lo es que tanto una como otra ley son muy próximas al agente comercial, ya que están estrechamente vinculadas a su círculo de intereses, por lo que son las que mejor conoce, las que menos costes de información conllevan.

⁴² *Vid.* el apartado II núm. 1 del presente trabajo.

lo contrario 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 gravemente, de este modo, su adecuado funcionamiento. De hecho, la propugnada solución fue acogida por el art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento «Roma I», el cual consagraba una cláusula de protección del Derecho comunitario que no se limitaba exclusivamente a las situaciones contractuales «intracomunitarias».

Desde un enfoque *de lege ferenda*, otra vía que tenía el legislador comunitario, esta última más específica, para conseguir el respeto del umbral de protección mínimo fijado a favor del agente comercial por la Directiva de agencia y, consiguientemente, los objetivos por la misma perseguidos, consistía en elaborar en el Reglamento «Roma I» una norma de conflicto materialmente orientada específica, para los contratos internacionales de agencia comercial, que incorporase la necesidad de protección del agente comercial, en cuanto presumible parte económicamente débil de la relación litigiosa, de un modo coherente con los valores materiales subyacentes a la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes⁴³. De este modo, el propugnado régimen conflictual especial cumpliría una función protectora paralela a la dispensada por la Directiva de agencia; dando cumplimiento, con ello, a la necesidad de paralelismo de la función protectora, de la parte débil de la relación litigiosa, que ha de existir entre el Derecho material y el Derecho internacional privado⁴⁴. En suma, por esta vía se conseguiría una mayor sintonía entre el Reglamento «Roma I», que ha de tender a la consecución de los objetivos de la UE, y la política de protección otorgada a los agentes comerciales independientes por la Directiva de 18 de diciembre de 1986; y, consiguientemente, se lograría que, en el área comunitaria, el Derecho internacional privado, relativo al régimen de las relaciones internas entre el principal y el agente, actuase como un aliado de las soluciones materiales consagradas por las instituciones comunitarias para este sector de la contratación, dando con ello cumplimiento al principio de la armonía material. Al margen de lo señalado, los textos generales de Derecho internacional privado comunitario han de estar al servicio de los principios del mercado interior, de sus objetivos; siendo un importante objetivo comunitario el de homogeneizar las condiciones de competencia (el cual, como es sabido, late detrás de la Directiva de agencia).

A nuestro modo de ver, la referida norma conflictual propuesta *de lege ferenda* debiera de figurar incluida dentro del régimen especial de determinación de la *lex contractus*, ya que en esta categoría contractual, aunque el contrato se celebre entre profesionales (a diferencia de lo que ocurre con los contratos de consumo y con los contratos de trabajo), existe claramente un desequilibrio en la posición negocial de las partes, siendo habitualmente el agente comercial la parte débil de la relación contractual. Desde nuestro punto de vista, la propugnada norma de conflicto debiera consagrar, en aras de la consecución del anteriormente mencionado paralelismo y de favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior, una autonomía conflictual de efectos limitados, para así proteger al agente comercial frente a elecciones de ley que le pudiesen perjudicar. En concreto, la referida norma conflictual debiera limitar la autonomía de la voluntad conflictual de las partes, de tal modo que el principal no pudiese elegir como ley aplicable una ley estatal que no respetase el nivel de protección mínimo, fijado por la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, cuando el supuesto litigioso entrase dentro de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, estimamos que en los contratos de agencia comercial el límite a la autonomía conflictual no debiera venir impuesto, como acontece con los contratos de consumo y con los contratos individuales de trabajo⁴⁵ (en los que la necesidad de protección, por no celebrarse entre profesionales, es mucho mayor), por las disposiciones imperativas de la ley objetivamente aplicable (esto es, por las normas de *ius cogens* de la ley de la residencia habitual del agente comercial), sino por la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente comercial, ya que, de este modo, se consigue salvaguardar la dualidad de intereses perseguidos por la Directiva de agencia.

⁴³ Vid. el ya mentado Considerando 23 del Reglamento «Roma I», el cual aconseja establecer normas de conflicto más favorables que las normas generales para aquellas categorías contractuales en las cuales exista una parte más débil.

⁴⁴ Por lo que a la necesidad de paralelismo de la función protectora, de la parte débil de la relación litigiosa, en el Derecho material y en el Derecho internacional privado se refiere, *vid.* F. POCAR, «La protection de la partie faible en droit international privé», *Rec. des Cours*, 1984, V, tomo 188, pp. 339-417, pp. 353-357.

⁴⁵ Como es sabido, en el marco de dichas categorías contractuales, el principio tuitivo ha justificado una amplia limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes: *vid.* el art. 6.2 del Reglamento «Roma I» (en relación con los contratos celebrados por los consumidores), así como el art. 8.1 del Reglamento «Roma I» (con respecto a los contratos individuales de trabajo).

18. Desde nuestro punto de vista, cualquiera de las dos medidas propuestas desde una perspectiva *de lege ferenda*, en el ámbito del Derecho aplicable, debieran de venir acompañadas de otra en la esfera procesal. Es decir, en aras del cumplimiento de los objetivos perseguidos por la Directiva 86/653/CE y en última instancia de la plena consecución del ansiado principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico comunitario, se impone la necesidad de alcanzar una correlación *forum-ius* en relación con la proyección del nivel de protección mínimo previsto imperativamente, a favor del agente comercial, por la Directiva de agencia. Ello es debido a que la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente comercial puede eludirla el principal, tanto de un modo directo en el ámbito del Derecho aplicable por medio de las cláusulas de elección de ley, como indirectamente en sede de competencia judicial internacional a través de la vía de las cláusulas de elección de foro.

Desde un enfoque *de lege ferenda*, pese a reconocer que los convenios atributivos de competencia constituyen un elemento clave para el buen funcionamiento del tráfico comercial internacional y que en esta categoría contractual, como consecuencia de celebrarse entre profesionales, el desequilibrio en la posición negocial de las partes no es el mismo que el existente en otros tipos contractuales (como es el caso de los contratos de consumo y de los contratos de trabajo), estimo que en los contratos internacionales de agencia comercial no debieran de resultar operativas las cláusulas de elección de foro cuando por medio de las mismas se atribuya competencia a un órgano jurisdiccional de un Estado no comunitario y ello conlleve la inaplicación de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia; siempre y cuando ésta resulte aplicable al caso concreto de que se trate⁴⁶. A nuestro modo de ver, en el supuesto de cumplirse las referidas condiciones, en aras del respeto del ordenamiento jurídico comunitario y del correcto funcionamiento del mercado interior (que presupone un cierto grado de uniformidad en las condiciones de competencia de la UE), la propugnada limitación, a la operatividad de los convenios atributivos de competencia, debiera de jugar tanto en los contratos internacionales de agencia comercial «intracomunitarios» como en los «extracomunitarios». Por otro lado, consideramos conveniente que sea el legislador comunitario, y no la normativa autónoma de los Estados miembros de la UE, el que imponga como límite, a la operatividad de las cláusulas de elección de foro a favor de órganos jurisdiccionales de países no comunitarios, el respeto de las disposiciones imperativas de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes cuando ésta resulte aplicable, ya que ello sintoniza mejor con el principio de conciliación y, además, permite obtener un cierto grado de uniformidad en las soluciones (lo cual es requerido para el correcto funcionamiento del mercado interior).

19. En defecto de elección de ley por las partes del contrato internacional de agencia comercial «extracomunitario», o de ser la misma inválida con arreglo a lo previsto en el art. 3 del Reglamento «Roma I», entra en juego el art. 4 del susodicho cuerpo legal⁴⁷. Dichos supuestos no quedan amparados por la cláusula general de protección del Derecho comunitario, ya que ésta únicamente es susceptible de intervenir en los supuestos de elección de ley (esto es, en el marco del art. 3 del Reglamento «Roma I») y en relación con las situaciones contractuales «intracomunitarias».

En el caso de tratarse de un contrato de agencia comercial «extracomunitario» en el que el agente comercial tenga su residencia habitual o su establecimiento profesional en el área comunitaria, no habría necesidad de buscar mecanismos para conciliar el Reglamento «Roma I» con la Directiva de agencia, ya que, en tal caso, la ley objetivamente aplicable del contrato sería la ley de un país comunitario, y todos los Estados miembros de la UE han transpuesto, a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las disposiciones expresa e implícitamente imperativas de la referida Directiva comunitaria.

Mayor problemática plantearán aquellos supuestos de contratos de agencia comercial «extracomunitarios» en los cuales el agente comercial tenga su residencia habitual o su sede en un Estado no

⁴⁶ Sobre la necesidad de proyección, del principio tuitivo del agente comercial en que se basa la Directiva de agencia, en sede de competencia judicial internacional, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 137-157, monografía en la cual llevo a cabo un análisis del problema tanto desde una perspectiva *de lege ferenda* como *de lege lata*.

⁴⁷ En relación con la problemática relativa a la determinación de la *lex contractus*, en los contratos internacionales de agencia comercial, en defecto de elección de ley en el marco del Reglamento «Roma I», *vid.* el apartado II núm. 2 del presente trabajo.

comunitario, ya que, en tal caso, la *lex contractus*, en tanto que procede de un Estado que no ha transpuesto la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, puede no respetar el estándar de protección mínimo por ésta fijado y, consiguientemente, los objetivos por la misma perseguidos (tanto públicos como privados). En el supuesto de no respetar dicha ley la regulación imperativa comunitaria de agencia, habrá que buscar, en el seno del Reglamento «Roma I», mecanismos para coordinar sus normas de conflicto con la Directiva de agencia.

20. A nuestro modo de ver, en los contratos de agencia comercial «extracomunitarios», ya haya habido o no elección de ley por las partes, cuando la *lex contractus* sea la de un Estado no comunitario, el Reglamento «Roma I» cuenta, al menos *a priori*, con un medio o instrumento eficaz para conseguir que se respete la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente comercial cuando ésta resulte aplicable, y es a través de la intervención del orden público internacional (el cual engloba al orden público comunitario y, por tanto, el umbral de protección mínimo del agente comercial fijado por la Directiva de 18 de diciembre de 1986) y, muy especialmente, de las normas materiales internacionalmente imperativas del ordenamiento jurídico del foro (las cuales aparecen consagradas en el apartado 2º del art. 9 del Reglamento⁴⁸). En efecto, las normas de aplicación inmediata, de los Estados miembros de la U.E., debieran de constituir una salvaguardia del respeto del nivel de protección mínimo del agente comercial conferido por las disposiciones imperativas de la Directiva comunitaria de agencia.

Tal como se desprende del art. 9.2 del Reglamento «Roma I», la aplicación de las normas de aplicación necesaria del foro, que es obligatoria, no está condicionada a la existencia de una estrecha vinculación entre la situación litigiosa y el Estado del foro. Por otro lado, dichos mecanismos son susceptibles de operar cuando la ley rectora del contrato internacional de agencia comercial haya de determinarse, tanto con arreglo al art. 3 del Reglamento «Roma I» (actuando, en estos casos, como límites a la autonomía conflictual), como en base al art. 4 del señalado cuerpo legal (en defecto de válida elección de ley por las partes). Por lo tanto, en el supuesto de cumplirse las condiciones anteriormente mencionadas y de conocer un órgano jurisdiccional español, éste habría de aplicar, al menos *a priori*, las disposiciones imperativas de la Directiva sobre los agentes comerciales independientes en la forma en la que hayan sido transpuestas por la legislación española sobre el contrato de agencia.

En el apartado siguiente vamos a analizar si, desde una perspectiva *de lege lata*, las normas de aplicación inmediata, del ordenamiento jurídico del foro, son susceptibles de intervenir, en los contratos de agencia comercial «extracomunitarios», cuando la *lex contractus* sea la ley de un Estado no comunitario y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones.

2. Eventual intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas del foro en los contratos de agencia «extracomunitarios»

A) Primer enigma: el impacto de la nueva definición contenida en el art. 9.1 del Reglamento «Roma I»

21. Desde una perspectiva *de lege lata*, en el ámbito del Convenio de Roma, las normas internas de agencia del Estado del foro, dictadas en ejecución de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, eran susceptibles de intervenir, en relación con los contratos de agencia comercial «extracomunitarios» en los cuales resultaba aplicable como *lex contractus* la ley de un Estado no comunitario que no respetaba la Directiva de agencia cuando el supuesto quedaba incluido dentro de su ámbito de aplicación, por la vía de las normas de aplicación inmediata (que el propio Convenio denominaba como «leyes de policía»)⁴⁹. En el marco del Reglamento «Roma I», la cuestión es más controvertida, ya que el susodicho instrumento comunitario, a diferencia de lo que acontecía con el Convenio de Roma, define

⁴⁸ Por virtud de dicho apartado, las «disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro», en nuestro caso, de las normas internas del Estado del foro dictadas en ejecución de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia. En relación con el referido apartado, *vid.*, entre otros, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2010, pp. 597-599, núms. 256-259.

⁴⁹ *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 112-130.

qué ha de entenderse por «leyes de policía» a los efectos de la aplicación del art. 9 del Reglamento. Y, además, dicha definición es, desde nuestro punto de vista, excesivamente restrictiva. Ésta es una manifestación más de la voluntad del legislador comunitario, a la hora de elaborar este cuerpo legal, de reforzar la seguridad jurídica en el seno del espacio judicial europeo.

De conformidad con el apartado 1º del art. 9 del Reglamento Roma I, una «ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento»⁵⁰. De lo señalado parece desprenderse que el legislador comunitario ha querido limitar, en gran medida, la intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas en el marco del Reglamento «Roma I»; de tal modo que únicamente sean susceptibles de aplicarse por esta vía las denominadas normas «de dirección» u «ordopolíticas», pero no las llamadas normas «de protección»⁵¹.

22. Llegados a este punto se nos plantea el dilema de si las normas internas de los Estados miembros de la UE, dictadas en ejecución de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia (y de otras Directivas comunitarias sectoriales protectoras de la parte débil de la relación contractual), gozan de la consideración de normas «de dirección» o de normas «de protección». Desde nuestro punto de vista, las referidas normas ponen claramente de manifiesto la debilidad o carácter artificial de la delimitación, dentro de las normas de aplicación necesaria, entre las normas «de dirección» y las normas «de protección», ya que, como anteriormente hemos puesto de manifiesto, detrás de las Directivas elaboradas por las instituciones comunitarias para determinados sectores de la contratación, entre las que se encuentra la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, subyacen tanto intereses públicos como privados. De hecho, las disposiciones imperativas de las susodichas Directivas responden a razones no sólo tuitivas, sino también económico-políticas.

En efecto, como en su momento pusimos de manifiesto, la Directiva de agencia persigue, básicamente, dos objetivos. 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. La consecución de unas condiciones de competencia homogéneas en el mercado interior y, en última instancia, el respeto del juego de una competencia no falseada en el área comunitaria, constituye un presupuesto indispensable para la consecución del objetivo comunitario de un mercado único. Y, por otro lado, la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes también pretende asegurar, dentro del espacio comunitario, una protección mínima uniforme al agente comercial, en tanto que parte presuntamente débil de la relación contractual, en sus relaciones con el principal o empresario. Y, a nuestro modo de ver, no existe ninguna base científica para considerar que uno de los señalados objetivos o intereses haya de primar sobre el otro.

En definitiva, teniendo en cuenta lo señalado, consideramos que las normas internas de los países comunitarios, que hayan transpuesto a su respectivo ordenamiento jurídico interno las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, son susceptibles de quedar encuadradas dentro de la definición de «leyes de policía» que aparece contenida en el art. 9.1 del Reglamento «Roma I»⁵². De hecho, en última instancia, la consideración de dichas normas como internacionalmente imperativas es un instrumento al servicio de la realización de los principios y objetivos del Derecho comunitario, de las necesidades del mercado interior; las cuales han propiciado, al igual que las mentadas razones tuitivas, la elaboración de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes.

⁵⁰ En relación con el concepto de «leyes de policía» utilizado por el señalado apartado y con su origen jurisprudencial, *vid.*, muy especialmente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 229-232, núm. 191; así como A.A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2010, pp. 595-597, núms. 254 y 255.

⁵¹ *Vid.*, por todos, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 230-231, así como las referencias doctrinales por el mismo citadas.

⁵² *Vid.*, sin embargo, la opinión manifestada por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 230-231, el cual encuadra dentro de la categoría de normas «de protección» a las disposiciones que protegen la situación jurídica de los agentes comerciales y de otros colectivos que se encuentran en una «posición contractual débil».

23. No obstante, a nuestro modo de ver, el art. 9 del Reglamento «Roma I» no debiera de haber definido de un modo tan restrictivo lo que ha de entenderse por «leyes de policía» a los efectos del art. 9 del Reglamento, ya que resulta conveniente que esta categoría normativa sea susceptible de operar igualmente como un mecanismo potencialmente protector, esto es, como un instrumento susceptible de ser utilizado exclusivamente al servicio de la protección de la parte débil de la relación contractual⁵³.

Además, no creemos que el legislador comunitario, por medio de la referida definición de «leyes de policía», vaya a eliminar el excesivo margen de discrecionalidad que existía en el ámbito del Convenio de Roma en lo referente a la intervención de las normas materiales internacionalmente imperativas y que, por consiguiente, vaya a favorecer la consecución del ansiado objetivo de la seguridad jurídica, ya que, muy probablemente, no va a existir unanimidad, entre los órganos jurisdiccionales de los Estados comunitarios, en relación con la cuestión relativa a si las normas de los Estados miembros, dictadas en ejecución de las Directivas comunitarias sectoriales, son o no susceptibles de tener cabida dentro del ámbito de la definición contenida en el art. 9.1 del Reglamento. En nuestra opinión, esta situación, que genera una elevada inseguridad jurídica (que es precisamente lo que se pretendía evitar por medio de la señalada definición), podría haberse evitado por medio de una alusión del legislador comunitario, en el marco del art. 9.1 del Reglamento «Roma I», a la consideración o no de las disposiciones imperativas de las Directivas, elaboradas por las instituciones comunitarias para determinados sectores de la contratación, como «leyes de policía».

B) Segundo enigma: disposiciones de la Directiva de agencia susceptibles de dicha consideración

24. Una vez superado el anterior obstáculo, la siguiente cuestión a resolver es el alcance de la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente comercial. Es necesario, pues, identificar las disposiciones de la Directiva, relativa a los agentes comerciales independientes, que gozan de la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas, así como determinar su carácter y su ámbito de aplicación espacial.

En palabras del profesor A. BONOMI, el órgano jurisdiccional u operador jurídico, para identificar las normas materiales internacionalmente imperativas que no manifiesten expresamente dicho carácter, y para determinar su ámbito de aplicación espacial, ha de partir necesariamente del contenido y de los fines de la norma en cuestión. Según dicho autor, las normas internas, dictadas en ejecución de una Directiva comunitaria, en aras de asegurar la plena realización de los principios del Derecho comunitario, deben gozar del carácter de normas de aplicación inmediata o necesaria, siempre que el objeto y la *ratio* de la Directiva en cuestión así lo justifique (como ocurre a título ejemplificativo, a su modo de ver, con la Directiva de 18 de diciembre de 1986); y ello con absoluta independencia de que la norma en cuestión (o incluso la propia ley nacional de transposición) contenga o no una disposición expresa en este sentido⁵⁴.

25. La Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, aunque no contempla ni normas de competencia judicial internacional ni normas «con incidencia en la ley aplicable», contiene diferentes tipos de disposiciones materiales. En cualquier caso, no todas las disposiciones materiales de la Directiva de agencia presentan el mismo carácter. En concreto, en el seno de la susodicha Directiva comunitaria cabe distinguir entre las disposiciones expresamente imperativas, las implícitamente imperativas y las dispositivas.

Por un lado, están las normas expresamente imperativas que tienen el carácter de normas materiales «bilateral o absolutamente imperativas», por no admitir pacto en contrario de las partes, con

⁵³ Aunque en un contexto diferente, resulta muy interesante la opinión manifestada por los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, según los cuales existen sectores, entre los cuales encuadran al 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 (Dirs.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137, p. 116, núm. 93).

⁵⁴ A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998, pp. 120-136, especialmente p. 125.

independencia de que dicho pacto sea en beneficio o en detrimento del agente. Por consiguiente, dichas disposiciones, en la forma en la que hayan sido transpuestas por la correspondiente legislación nacional de un Estado miembro de la UE, rigen el aspecto en cuestión con independencia de cuál sea el umbral de protección del agente consagrado por la correspondiente ley rectora del contrato internacional de agencia comercial. Tienen tal consideración, por ejemplo, los arts. 3 y 4 de la Directiva, los cuales regulan las obligaciones del agente y del principal. No obstante, como consecuencia de haber regulado la Directiva de un modo excesivamente genérico o minimalista dichas obligaciones, el carácter internacionalmente imperativo de dichas disposiciones es más bien simbólico.

Y, por otro lado, dentro de la Directiva de agencia también cabe distinguir normas expresamente imperativas que tienen el carácter de normas materiales «unilateral o relativamente imperativas», cuya identificación tampoco resulta excesivamente compleja, ya que las mismas no admiten estipulaciones de las partes por virtud de las cuales se otorgue al agente comercial un grado de protección menor que el que le ofrece la disposición en cuestión, pero sí mayor. Las normas internas de los Estados miembros, que hayan transpuesto tales disposiciones, únicamente impedirán que el aspecto de que se trate quede sometido a la correspondiente ley rectora del contrato internacional de agencia cuando ésta no respete el nivel de protección mínimo que haya sido fijado por la norma en cuestión. Así, por ejemplo, tienen la consideración de normas materiales «relativamente imperativas» los arts. 17 y 18 de la Directiva, los cuales regulan las condiciones a las que se subordina el derecho del agente, a la indemnización por clientela o a la reparación del perjuicio, tras la terminación del contrato de agencia, ya que el art. 19 no permite a las partes pactar (antes del vencimiento del correspondiente contrato), en perjuicio del agente, condiciones distintas de las previstas en los referidos preceptos.

La Directiva relativa a los agentes comerciales independientes contiene, junto a las normas expresamente imperativas, otras disposiciones que, pese a no indicarlo de un modo expreso, también gozan de carácter imperativo y que, por lo tanto, otorgan a las normas internas de los Estados miembros que las hayan transpuesto la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas. A los efectos de la identificación de las normas implícitamente imperativas de la Directiva, es preciso tener presente que puede ser imperativa una norma de la misma que ofrezca a los Estados miembros la posibilidad de elegir una de las soluciones propuestas. Tal es el caso, por ejemplo, del apartado 2º del art. 7 de la Directiva, relativo al derecho a la comisión del agente por operaciones concluidas durante la duración del contrato de agencia, cuyo inciso final obliga a los Estados miembros a adoptar alguna de las posibilidades en el mismo previstas.

La Directiva de agencia contiene, junto a normas expresa e implícitamente imperativas, otras dispositivas, que son aquellas que otorgan, o bien, a las partes contratantes, o bien, a los Estados miembros, la posibilidad de excepcionarlas; y que, por consiguiente, no llevan aparejado que las normas internas que las transponen tengan la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas. Tal es el caso, por ejemplo, del apartado 2º del art. 13 de la Directiva, el cual concede a los Estados miembros la posibilidad de condicionar la validez del contrato de agencia a su celebración por escrito.

En cualquier caso, la distinción entre las normas implícitamente imperativas y las normas dispositivas de la Directiva no es siempre clara, lo cual genera un elevado grado de inseguridad jurídica, ya que, como hemos puesto de manifiesto más arriba, las normas internas, que transponen las disposiciones imperativas de la Directiva, tienen la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas. Desde una perspectiva *de lege ferenda*, estimamos que hubiese resultado más conveniente que el legislador comunitario hubiese evitado normas implícitamente imperativas; disminuyendo, de este modo, confusiones en una materia en la que están presentes importantes intereses públicos y privados.

Al margen de lo señalado, es preciso tener presente que existen ciertas normas nacionales de los Estados miembros, sobre el contrato de agencia, que, debido a los objetivos por las mismas perseguidos, merecen la consideración de normas materiales internacionalmente imperativas (eso sí, de origen interno), pese a versar sobre aspectos en relación con los cuales, o bien, no se ha pronunciado la Directiva de agencia, o bien, regulados en la misma por una norma de carácter dispositivo. A nuestro modo de ver, tal es el caso, por ejemplo, del art. 29 de la legislación española sobre el contrato de agencia, que regula la llamada indemnización de daños y perjuicios del agente, cuya finalidad es cubrir, bajo determinadas

condiciones, los gastos no amortizados de capital en que eventualmente haya incurrido el agente, instruido por el principal, para la ejecución del correspondiente contrato de agencia⁵⁵.

26. Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, detrás de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes latan no sólo relevantes intereses privados, de protección de la parte débil de la relación jurídica, sino también importantes intereses públicos, político-económicos, en concreto, de protección del mercado comunitario⁵⁶. La referida dualidad de intereses, públicos y privados, subyace detrás de todas y cada una las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, tanto de las expresamente imperativas como de las implícitamente imperativas; sin que pueda primarse a ninguno de los señalados intereses sobre el otro. Como consecuencia de lo señalado, no creemos que, dentro de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, sea posible distinguir entre normas «de dirección» y normas «de protección».

Por lo tanto, consideramos que las normas internas de las legislaciones nacionales de agencia de los Estados miembros de la UE, dictadas en ejecución de cualquier disposición expresa o implícitamente imperativa de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, tienen la consideración de normas de aplicación inmediata o necesaria a los efectos de la aplicación del art. 9 del Reglamento «Roma I»; siempre y cuando el supuesto litigioso de que se trate entre dentro del ámbito de aplicación espacial de la señalada Directiva. En concreto, las referidas normas internas de los Estados miembros de la UE tienen la consideración de normas de aplicación inmediata de origen comunitario.

C) Tercer enigma: alcance espacial de la Directiva de agencia

27. En cualquier caso, como ya hemos señalado, la aplicación como normas materiales internacionalmente imperativas de las normas internas de los países comunitarios, que hayan transpuesto disposiciones expresa o implícitamente imperativas de la Directiva de agencia, está condicionada a que el supuesto litigioso planteado, ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la UE, entre dentro del ámbito de aplicación espacial de la señalada Directiva comunitaria.

El silencio de la Directiva, en relación con su ámbito territorial⁵⁷, ha propiciado distintas actitudes en los legisladores nacionales que la han transpuesto a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, lo cual ha generado un elevado grado de inseguridad jurídica. De hecho, algunas legislaciones nacionales de los Estados miembros (como es el caso, por ejemplo, de la inglesa y de la belga) han previsto una norma de delimitación del ámbito de aplicación territorial de sus disposiciones en las situaciones de tráfico jurídico externo, existiendo notables disparidades entre los criterios de delimitación espacial por ellas acogidos. En cualquier caso, dichas normas de delimitación, que adoptan los Estados miembros de la UE en beneficio de su propio ordenamiento jurídico, quedan fuera del alcance del efecto del principio de primacía comunitario. No obstante, la mayor parte de las reglamentaciones nacionales de los Estados miembros han mantenido el silencio de su fuente de inspiración por lo que al ámbito de aplicación territorial de sus normas se refiere. Tal es el caso, por ejemplo, de la legislación francesa, de la italiana, así como de la española, ya que el art. 3 de esta última, que consagra la imperatividad de sus disposiciones salvo expresa previsión en contrario, tan sólo hace referencia a la imperatividad interna, es decir, a su indisponibilidad por las partes en las situaciones privadas meramente internas.

Ambas actitudes de los legisladores nacionales de los Estados miembros llevan a un mismo resultado: la falta de uniformidad existente por lo que al ámbito de aplicación territorial del Derecho comunitario de agencia se refiere, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provoca, especialmente en las relaciones de agencia comercial «extracomunitarias». De este modo, el Derecho comunitario derivado, relativo a esta materia, recibirá o no aplicación en función de cuál sea el órgano jurisdiccional que conozca del asunto en cuestión. Sin duda alguna, ello afecta negativamente a las transacciones comerciales internacionales realizadas en el seno del mercado interior y, consiguientemente, a su correcto funcionamiento.

⁵⁵ Un exhaustivo análisis del carácter de las distintas disposiciones materiales de la Directiva de agencia, así como de su concreto alcance internacional, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 47-67.

⁵⁶ *Vid.* el apartado II núm. 1 del presente trabajo.

⁵⁷ Probablemente, la justificación de dicho silencio puede encontrarse en el temprano momento en el cual la referida Directiva fue adoptada.

28. El TJUE ha tratado de mitigar dicha situación caótica y poco uniforme, propiciada por la laguna de la Directiva de agencia comercial, en su célebre y controvertida sentencia *Ingmar* de 9 de noviembre de 2000 (asunto C-381/98: *Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.*)⁵⁸. Pese a reconocer las virtudes de dicha sentencia, en aras de alcanzar la ansiada seguridad jurídica de las operaciones comerciales desenvueltas en el seno del mercado interior a través de la intermediación de un agente, estimamos que es el legislador comunitario, y no el TJUE, el que hubiese tenido que determinar, por medio de una norma de delimitación expresa, el concreto alcance territorial de las disposiciones imperativas de la referida Directiva comunitaria.

La enorme repercusión que ha tenido dicha sentencia es debida a haber sido ésta la única vez en que el TJUE se ha pronunciado en relación con la consideración y el alcance de las disposiciones imperativas de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes. Y, más en concreto, en la sentencia *Ingmar* el TJUE ha tomado partido en relación con la problemática relativa a la consideración y al ámbito de aplicación espacial, en las relaciones de agencia «extracomunitarias», de los arts. 17 a 19 de la referida Directiva. Dichos preceptos, que regulan la indemnización a la que tiene derecho el agente comercial con motivo de la finalización del contrato de agencia, constituyen el núcleo central de la misma y de las relaciones internas entre el principal y el agente comercial⁵⁹.

El TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada señalando que, en aras del objetivo perseguido por los arts. 17-19 de la Directiva («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»), «es forzoso reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable». El TJUE añade que la función que desempeñan los arts. 17 y 18 de la Directiva exige que éstos «se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, (...), aun cuando el empresario se halle establecido en un país tercero y el contrato se rija por la Ley de este país en virtud de una de sus cláusulas». Ello ocurría en el caso de autos, en que el agente comercial, que ejercía su actividad profesional en el área comunitaria, estaba establecido en el Reino Unido y el principal en California, y se había pactado una cláusula de elección de ley a favor de la ley californiana.

El criterio de delimitación espacial acogido por el TJUE, el del mercado afectado (esto es, actuación del agente comercial para el principal en el mercado comunitario), fue propuesto por el abogado general (Philippe Léger), por medio de sus Conclusiones presentadas el 11 de mayo de 2000 en relación

⁵⁸ Dicha sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios tanto en la doctrina patria como en la extranjera: *vid.*, por ejemplo, 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. LEIBLE, „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 Produkthaftungs-richtlinie«, *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 Magalhães 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. La sentencia *Ingmar* no se pronunció, por no ser ello objeto de la cuestión prejudicial planteada, sobre si las disposiciones imperativas de la Directiva sobre los agentes comerciales independientes, en la forma en la que han sido transpuestas por las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE, eran susceptibles de tener cabida dentro del art. 7 del Convenio de Roma (relativo a las leyes de policía) cuando el supuesto litigioso en cuestión quedase incluido dentro del ámbito de aplicación espacial de la señalada Directiva. Un exhaustivo análisis de las virtudes, deficiencias, silencios y trascendentes consecuencias de la polémica sentencia, fallada por el TJUE en el asunto *Ingmar*, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 67-80.

⁵⁹ *Vid.* la reciente sentencia del TJUE de 28 de octubre de 2010 (asunto C-203/09), según la cual el art. 18 a) de la Directiva de agencia «se opone a que se prive a un agente comercial independiente de su indemnización por clientela cuando el empresario descubre la existencia de un incumplimiento del agente comercial, que se ha producido después de la notificación de la resolución del contrato mediando preaviso y antes de la expiración de éste, que podía justificar una resolución del contrato sin preaviso» (*DOUE*, de 18 de diciembre de 2010, núm. 364/14).

con el asunto *Ingmar*. Según el mismo, la «elección por las partes de una ley que no contemple la obligación de indemnización o que la relegue mediante el establecimiento de un régimen menos favorable reduciría la protección del agente. Al hacerlo, *le colocaría en una situación desfavorable con respecto a sus competidores, a la vez que favorecería a su empresario con respecto a los demás empresarios*»⁶⁰.

29. Por otro lado, aunque el TJUE sólo se refiera, en su sentencia de 9 de noviembre de 2000, a aquellos supuestos en los cuales las partes hayan hecho uso de su autonomía conflictual, los fines perseguidos por los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia justifican que los mismos también resulten aplicables, condicionado a que el agente ejerza su actividad profesional dentro de la Comunidad, cuando, en defecto de haber elegido las partes la ley rectora del correspondiente contrato internacional de agencia, el mismo se rija por la ley de un Estado no miembro de la UE.

Al margen de lo señalado, la sentencia *Ingmar* parece admitir implícitamente que la consideración y el propugnado criterio de delimitación espacial de los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia es extensible, igualmente, a las restantes disposiciones imperativas de la misma, ya que de sus Fundamentos Jurídicos se desprende, por un lado, que el criterio de delimitación espacial de los arts. 17 y 18 de la Directiva comunitaria se deduce de sus objetivos y, por otro lado, que los intereses latentes detrás de los referidos preceptos subyacen detrás de las restantes disposiciones imperativas de la Directiva.

30. A nuestro modo de ver, desde una perspectiva *de lege ferenda*, el mecanismo más efectivo para alcanzar la ansiada coordinación, entre las normas de conflicto generales contenidas en el Reglamento «Roma I» y las disposiciones imperativas de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, es por medio de la consagración por parte de las instituciones comunitarias, en base a la posibilidad ofrecida por el art. 23 del Reglamento «Roma I», de una norma de delimitación expresa que determine el concreto ámbito de aplicación espacial de la referida Directiva comunitaria en los mismos términos que la sentencia *Ingmar*.⁶¹

⁶⁰ Vid. el apartado 68 de dichas Conclusiones. La cursiva no es original.

⁶¹ Por virtud del art. 23 del Reglamento «Roma I», relativo a las relaciones de dicho cuerpo legal con otras disposiciones del Derecho comunitario, con excepción del art. 7 (que se refiere a los contratos de seguro), el «presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales». En relación con dicha propuesta *de lege ferenda*, aunque en el marco del art. 20 del Convenio de Roma (que se manifiesta en los mismos términos que el art. 23 del Reglamento «Roma I»), vid. H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 131-133.