

PROBLEMAS DE LEY APLICABLE EN EL MARCO
DE UN CONTRATO INTERNACIONAL DE AGENCIA
COMERCIAL: COMENTARIO A LA SENTENCIA
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
(SECCIÓN 11^a) DE 3 DE JULIO DE 2019

LAW APPLICABLE PROBLEMS IN THE FRAME OF
INTERNATIONAL AGENCY AGREEMENTS: COMMENTS
ABOUT THE JUDGEMENT ISSUED BY THE AUDIENCIA
PROVINCIAL DE BARCELONA ON 3 JULY 2019

HILDA AGUILAR GRIEDER

Profesora Titular de Derecho internacional privado

Universidad de Huelva

ORCID ID: 0000-0002-3138-8904

Recibido: 18.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5196>

Resumen: El presente trabajo estudia un problema de Derecho aplicable susceptible de plantearse en el marco de los contratos internacionales de agencia comercial.

Palabras clave: Unión Europea, Derecho internacional privado, Derecho aplicable, contratos internacionales de agencia comercial.

Abstract: This study analyses a law applicable problem which arises in the frame of some international agency agreements.

Keywords: European Union, Private International Law, Law applicable, international agency agreements.

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. Antecedentes de hecho. III. Ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial: 1. Marco normativo. 2. Alcance de la elección tácita de la ley aplicable al contrato. 3. Ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial en defecto de elección de ley en el seno del Reglamento “Roma I”. 4. La falta de prueba del Derecho extranjero.

I. Consideraciones introductorias

1. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11^a) de 3 de julio de 2019 (sentencia núm. 448/2019)¹, objeto de comentario en el presente estudio, trae causa del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada, el 29 de febrero de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona.

¹ JUR/2019/220296.

2. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, que es el objeto del presente trabajo, en ambas sentencias se plantea un problema de Derecho aplicable al contrato internacional de agencia comercial sobre el que versan las mismas². La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona resuelven el referido problema del mismo modo.

La problemática de ley aplicable planteada, en relación con el contrato internacional de agencia comercial objeto de las referidas sentencias, aunque se ha suscitado en el marco de este peculiar tipo contractual, es susceptible de plantearse en el seno de cualquier otra categoría de contrato internacional. Por lo tanto, las conclusiones de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de julio de 2019, son susceptibles de proyección, no únicamente a los contratos internacionales de agencia comercial en los que concurran las mismas circunstancias, sino a cualquier otra categoría contractual que quede sujeta al mismo régimen de Derecho aplicable y en la que se manifiesten idénticas circunstancias que en el supuesto de autos.

II. Antecedentes de hecho

3. La sentencia objeto del presente comentario versa sobre un contrato internacional de agencia comercial suscrito en España, el 10 de mayo de 2012 (y extinguido en el último trimestre del año 2013), entre “Nuevo Taller de Joyería S.L.” (en adelante, Joyería) y una agente comercial (“Doña Ariadna”). Las partes contractuales están domiciliadas en distintos Estados miembros de la Unión Europea: en Alemania, la agente comercial y, en España, el principal. Al margen de lo señalado, es preciso poner de relieve que la agente comercial ejerce su función, esto es, su actividad profesional de captación de clientela para el principal e incremento de la misma, en Alemania (siendo la agente nacional de dicho país); siendo este país, por tanto, el mercado afectado por el contrato internacional de agencia comercial objeto del presente comentario.

Como acontece habitualmente en la práctica, en relación con esta categoría contractual, la litigiosidad entre el principal y el agente comercial tiene lugar tras la finalización del contrato; momento en el cual el agente comercial, que suele ser la parte actora en prácticamente todos los supuestos tanto internos como internacionales y la parte más debilitada de la relación contractual, interpone una demanda contra el principal. Es muy frecuente que el agente comercial solicite al principal una indemnización por clientela por los gastos en los cuales ha tenido que incurrir para llevar a cabo el cometido que le ha sido encomendado. En concreto, en el caso de autos, la agente comercial interpuso una demanda, ante los Tribunales españoles (Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona y, posteriormente, Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona), contra el principal (Joyería), alegando que éste había incumplido el plazo de preaviso previsto en el contrato, a la par que solicitaba determinadas comisiones al principal (junto con los intereses moratorios y las costas procesales), así como una indemnización por clientela.

Dicho Juzgado de Primera Instancia, en su sentencia de 29 de febrero de 2016, estimó parcialmente la demanda interpuesta por la agente comercial, y ello con base en la legislación española de agencia comercial: la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia³, a la que considera sometida el contrato sobre el que versa el caso de autos. En concreto, la referida sentencia de primera instancia, de 29 de febrero de 2016, limita los incumplimientos atribuidos por la agente comercial (Ariadna) al principal (Joyería) al impago de las comisiones devengadas durante el año 2013, rechaza la indemnización por clientela reclamada por la agente comercial (aunque, según la pericial, la agente

² En relación con la problemática de Derecho aplicable planteada, en el seno de los contratos internacionales de agencia comercial, la cual es objeto de debate en las sentencias referidas, *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “El impacto del Reglamento ‘Roma I’ en el contrato internacional de agencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 24-46; *id.*, “La intervención de las ‘leyes de policía’ como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial: un nuevo paso en la comprensión del sistema”, *Diario La Ley*, de 22 de enero de 2014, núm. 8234, pp. 1-9; *id.*, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colección “El Derecho de la globalización”, núm. 14, Colex, Madrid, 2007.

³ BOE, de 29 de mayo de 1992, núm. 129.

incrementó el número de adquirentes de los productos del principal en su ámbito territorial, el Juzgado estima que la clientela conseguida no ha generado negocio adicional), a la par que desestima la condena al pago solicitada por la agente (y ello debido a descartar que el principal hubiera incumplido el plazo de preaviso contemplado en el correspondiente contrato de agencia comercial).

4. Ambas partes contractuales se alzan, por diferentes cauces procesales, frente a la sentencia dictada, el 29 de febrero de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona.

La actora, es decir, la agente comercial, por medio del recurso de apelación (art. 458 LEC), con la finalidad de que se estime en “su integridad la demanda interpuesta” por la misma.

La interpelada, esto es, el principal (Joyería), por la vía de la formulación de la impugnación prevista por la legislación procesal interna española (art. 461.1 LEC), con el propósito de que sea íntegramente rechazada la demanda inicial atendida la aplicación al caso, a su juicio, de la legislación alemana sobre el contrato de agencia, “conforme a la norma conflictual, y su falta de acreditación por parte de la sra. Ariadna”.

Tal como pone de manifiesto la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia objeto de comentario, “por razones sistemáticas procederá examinar en primer lugar la impugnación de la mercantil demandada pues en caso de ser estimada”, que no lo fue, “con el consiguiente rechazo de la demanda, las pretensiones de la apelante quedarían vacías de contenido”.

En el presente estudio nos vamos a referir, exclusivamente, a la resolución de la impugnación formulada por Nuevo Taller de Joyería S.L. contra la sentencia de 29 de febrero de 2016, ya que en el recurso de apelación, interpuesto por la agente comercial (Ariadna) contra la referida sentencia de 2016, no se plantean problemas de Derecho internacional privado (sino meros problemas de Derecho mercantil interno), a diferencia de lo que acontece con la aludida impugnación.

5. Finalmente, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª), en su sentencia de 3 de julio de 2019, desestima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la agente comercial (Ariadna), así como la impugnación articulada por el principal (Joyería) contra la sentencia dictada, el 29 de febrero de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona. En consecuencia, la Audiencia Provincial de Barcelona confirma la susodicha resolución, del Juzgado de Primera Instancia, en todos sus extremos.

III. Ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial

1. Marco normativo

6. En las siguientes líneas del presente estudio, vamos a dilucidar, pues, sobre las conclusiones puestas de manifiesto por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 3 de julio de 2019, al resolver la impugnación formulada por Joyería contra la sentencia de 29 de febrero de 2016; las cuales, como hemos puesto anteriormente de manifiesto, abordan la problemática planteada, en materia contractual, en el sector del Derecho aplicable, ya que, en ninguna de las dos mencionadas sentencias, se plantea problema alguno de competencia judicial internacional.

Pese a ello, la referida sentencia de la Audiencia Provincial no puede evitar hacer una alusión, de pasada y sin causa alguna que lo justifique, a la problemática relativa a la competencia judicial internacional. Ello llama la atención, ya que ninguna de las partes ha puesto en tela de juicio la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el caso de autos. Pero ya que se hace una alusión a esta cuestión, es conveniente que se haga conforme al instrumento normativo europeo que resultaría aplicable, en el caso abordado por la sentencia, en materia de competencia judicial internacional, que no es la LOPJ (a cuyo art. 21 alude, sin que sepamos bien el motivo de tener que justificarse en este sentido, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial).

A juzgar por la argumentación de la Audiencia, a ésta parece que se le olvida el sistema de fuentes del sistema español de Derecho internacional privado. Huelga decir que el sistema autónomo español

de competencia judicial internacional tiene carácter subsidiario, lo cual implica que únicamente resulte aplicable cuando el supuesto en cuestión no entre dentro del ámbito de aplicación (material, temporal y/o espacial) de ningún instrumento internacional (Reglamento o Convenio internacional); lo cual no ocurre en el supuesto de autos. A la Audiencia parece que se le olvida que esto acontece en todos los sectores del Derecho internacional privado, esto es, tanto en el del Derecho procesal civil internacional como en el del Derecho aplicable.

Como es bien sabido, a las demandas posteriores al 10 de enero de 2015 les resulta aplicable el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, el Reglamento “Bruselas I bis”)⁴, que es el actualmente vigente; mientras que a las demandas presentadas con anterioridad al 10 de enero del año 2015 les es aplicable su antecesor directo: 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 (comúnmente denominado como Reglamento “Bruselas I”)⁵. En cualquier caso, ambos Reglamentos (Reglamento “Bruselas I”/Reglamento “Bruselas I bis”) responden a la misma estructura jerarquizada de los foros de competencia judicial internacional que consagran, que es una cuestión clave para aplicar correctamente los susodichos Reglamentos⁶. Conforme a cualquiera de los mismos, los Tribunales españoles gozarían de competencia judicial internacional con arreglo al foro de la sumisión tácita (art. 26 del Reglamento “Bruselas I bis”/art. 24 del Reglamento “Bruselas I”), el cual se encuentra (en ambos Reglamentos europeos) en el segundo rango o escalón jerárquico, ya que no se trata de una materia que sea objeto de competencia exclusiva (primer nivel de jerarquía).

7. La interpelada, esto es, el principal (Joyería) impugna el fundamento jurídico 3º de la sentencia, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona el 29 de febrero de 2016, según el cual la legislación aplicable al contrato internacional de agencia comercial, objeto del litigio, sería la anteriormente aludida Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia. A juicio de la interpelada, la legislación aplicable al contrato litigioso sería, en lugar de la legislación española de agencia comercial, la “legislación alemana –la sra. Ariadna es nacional de Alemania desde donde ejerce su función- y cuya falta de acreditación por la agente debiera comportar el rechazo íntegro de sus pretensiones”. La Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 3 de julio de 2019, desestima la impugnación articulada por Joyería con base en la ley estatal a la cual remite la correspondiente norma de conflicto española, ya que, tal como recuerda con acierto la Audiencia Provincial de Barcelona, basándose para ello en relevantes sentencias de nuestro TS, así como en el art. 12.6 del Cc, en las relaciones jurídico-privadas internacionales, como es el caso de autos (en el cual los sujetos implicados gozan de diferentes nacionalidades [alemana, la agente comercial y, española, el principal]), los Tribunales españoles aplicarán de oficio las normas de conflicto españolas (tanto las de origen interno como las de procedencia internacional) que resulten aplicables en cada supuesto.

A mi juicio, lo que incita a confusión es que la Audiencia justifique su postura, tanto en el art. 10.5 del Cc (norma de conflicto española de origen interno en materia contractual)⁷, como en uno de los dos Reglamentos estrella del Derecho internacional privado europeo: el Reglamento (CE) núm.

⁴ DOUE, de 20 de diciembre de 2012, núm. L 351; modificado por el Reglamento 542/2014: DOUE, de 29 de mayo de 2014, núm. L 163.

⁵ DOCE, de 16 de enero de 2001, núm. L 12.

⁶ En relación con la problemática de competencia judicial internacional planteada, en el marco de los contratos internacionales de agencia comercial, *vid.*, muy especialmente, H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colección “El Derecho de la globalización”, núm. 14, Colex, Madrid, 2007, pp. 137-157; *id.*, “Sumisión de las partes a los Tribunales belgas en el marco de un contrato internacional de agencia comercial: comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª) de 21 de diciembre de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, núm. 2, pp. 380-387, especialmente p. 384. En la referida sentencia se dilucida, muy especialmente, sobre el alcance de la Disposición Adicional de la Ley española sobre el contrato de agencia: *ibid.*, pp. 384-387.

⁷ Aunque sólo sea para afirmar que la “norma de conflicto interna (art. 10.5 CCivil)” consagra el “principio general contenido en el Reglamento comunitario”, esto es, en el Reglamento “Roma I”. Ello responde a su afán por un “mayor abundamiento”, lo cual no aporta nada e incita a confusión.

593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en lo sucesivo, Reglamento “Roma I”)⁸. En el supuesto de autos, este último es el único instrumento normativo aplicable, el cual queda incluido, tal como reconoce la propia Audiencia Provincial (aunque de un modo escueto), dentro de su ámbito de aplicación material (que incluye tanto a los contratos internacionales civiles como a los de naturaleza mercantil [art. 1]) y temporal (ya que el contrato objeto del litigio se ha celebrado el 10 de mayo de 2012, es decir, con posterioridad al 17 de diciembre de 2009, fecha a partir de la cual, como sabemos, es efectivamente aplicable el Reglamento “Roma I” [arts. 28 y 29]). La Audiencia no hace mención alguna al ámbito de aplicación espacial de este instrumento normativo europeo, lo cual es lógico, ya que el mismo, siguiendo la tónica general de los instrumentos internacionales en el sector del Derecho aplicable (tanto de los Reglamentos europeos como de los Convenios internacionales), es de naturaleza *erga omnes*, esto es, goza de un ámbito de aplicación espacial universal (art. 2 del Reglamento “Roma I”).

8. Al margen de lo señalado, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el caso de autos, hace mención del marco normativo específico, en la categoría contractual objeto de análisis, el cual está formado por la Directiva 86/653/CEE 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 independientes⁹ (en lo sucesivo, Directiva de agencia). Dicha Directiva, que es considerada como una Directiva de mínimos y que regula la relación jurídica existente entre el principal y el agente comercial, ha sido objeto de transposición a todos los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Por consiguiente, en lo que afecta al supuesto de autos, tal como ha puesto de manifiesto la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia objeto de comentario, la Directiva de agencia comercial ha sido transpuesta tanto al ordenamiento jurídico español (que tanto la aludida Audiencia como el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Barcelona consideran aplicable al contrato litigioso) como al ordenamiento jurídico alemán (que es, en opinión de la interpelada [Joyería], al que debe quedar sometido tal contrato internacional).

De los Considerandos de la mencionada Directiva se desprende que la misma persigue una doble finalidad: por un lado, la protección del mercado interior y, por otro lado, la protección del agente comercial en tanto que parte débil de la relación litigiosa. Dicha finalidad tuitiva subyace igualmente, por consiguiente, detrás de todas las Leyes nacionales de transposición de la Directiva de agencia, es decir, detrás de todas las Leyes de agencia de los Estados miembros de la Unión Europea. Como es sabido, la transposición de la Directiva 86/653/CEE, al ordenamiento jurídico español, se llevó a cabo por la anteriormente mentada Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia.

9. La aplicación de la Directiva de agencia al supuesto de autos no plantea ninguna duda, ya que, aunque la misma guarda silencio sobre su ámbito de aplicación espacial, la agente comercial realiza su actividad profesional en el mercado de la Unión Europea (en concreto, en Alemania), por lo que se cumple el criterio consagrado por la controvertida sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000 (asunto *Ingmar*)¹⁰. Ello implica que se apliquen las disposiciones imperativas (tanto las expresa como las implícitamente imperativas) de la Directiva de agencia, tal como hayan sido transpuestas por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión Europea. La aplicación de las susodichas disposiciones imperativas constituye una salvaguarda del respeto de un nivel de protección mínimo, del agente comercial, cuando el mercado afectado sea el territorio de la Unión Europea, como es el caso de autos, en el cual dicho mercado es Alemania.

En suma, aunque de un modo ciertamente confuso, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 3 de julio de 2019, expone correctamente el marco normativo aplicable al supuesto de autos, tanto el general (Reglamento “Roma I”) como el específico (Directiva de agencia).

⁸ DOUE, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6.

⁹ DOCE, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382.

¹⁰ Asunto C-381/98.

2. Alcance de la elección tácita de la ley aplicable al contrato

10. Aunque no lo diga expresamente en la sentencia objeto de comentario, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona tiene claro que a los contratos internacionales de agencia comercial, pese al desequilibrio existente en la posición negocial de las partes, se les aplica el régimen general de Derecho aplicable consagrado por el Reglamento “Roma I” en sus arts. 3 y 4¹¹.

Al margen de lo señalado, también nos parece un acierto que la Audiencia Provincial de Barcelona haya sabido vislumbrar el sometimiento, no expreso, sino tácito, de las partes, a la legislación española con base en el apartado 1º del art. 3 del Reglamento “Roma I”¹². De conformidad con dicho apartado, el “contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”¹³. Por lo tanto, de lo señalado se desprende que la elección de ley, por las partes contractuales, puede ser tanto expresa como tácita. Incluso, tal como puede deducirse de los apartados 1º y 2º del art. 3 del Reglamento “Roma I”, con base en el principio de la autonomía de la voluntad (conflictual) en que se basa el referido precepto, una elección de ley expresa puede ser posteriormente modificada por una elección tácita de ley. Ello constituye una clara manifestación del principio de la autonomía de la voluntad (conflictual), que es un principio subyacente al Reglamento “Roma I”, en general, y a su art. 3, en particular. De hecho, la Audiencia recalca, al margen de dicho precepto, el Considerando 11 del Reglamento, conforme al cual la “libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales”.

11. En todo caso, en el marco del art. 3 del Reglamento “Roma I” (que utiliza la expresión “de manera inequívoca”), la voluntad de las partes ha de ser real, aunque pueda ser tácita. El art. 3 del Reglamento no especifica cuándo existe elección tácita de la ley aplicable por las partes contractuales. No obstante, el Informe llevado a cabo por los profesores Giuliano y Lagarde, en relación con el Convenio de Roma de 1980 (el antecesor directo del Reglamento “Roma I”), sí que contempla, aunque con un carácter meramente ejemplificativo, indicios de los que cabría deducirse una elección tácita de la ley aplicable al contrato internacional. Dicho carácter ejemplificativo otorga, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, un amplio margen de discrecionalidad a la hora de dilucidar sobre si existe o no sometimiento tácito de las partes a una determinada ley estatal.

Un posible índice, de la referida voluntad tácita de las partes contractuales, puede derivarse de los hábitos contractuales de las mismas (no necesariamente de los hábitos contractuales anteriores existentes entre las partes). En el caso de autos, dicho índice tácito podría concurrir teniendo en cuenta, tal como manifiesta la Audiencia Provincial de Barcelona, la “conducta posterior de JOYERÍA al someter a la legislación española sus relaciones con el agente” que sustituyó a la agente comercial Ariadna, “lo que nos permite presumir que, por uniformidad de toda la red de agentes (...), era ésta también la que regía el contrato litigioso”.

Otro posible índice tácito es, tal como señala la Audiencia Provincial de Barcelona, la “lengua empleada” en el contrato litigioso: en concreto, la utilización en el mismo de la lengua castellana, y no de la alemana.

Por otro lado, a juicio de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia objeto de análisis, el sometimiento tácito de las partes a la legislación española se infiere, igualmente, del hecho de omitir el contrato litigioso “toda referencia a cualquier otra legislación que pudiera ser de

¹¹ En relación con la dualidad de regímenes de Derecho aplicable en materia contractual, y los presupuestos que subyacen detrás de dichos regímenes, *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, *Pilares fundamentales del Derecho internacional privado europeo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, núm. 166, 2018.

¹² Tal como manifiesta la Audiencia, será de aplicación, al contrato litigioso, la “Ley sustantiva a la que las partes se hubieren sometido voluntariamente, advirtiendo que esta sumisión puede ser expresa o tácita, (...). Dicho esto convenimos con la impugnante en que no hubo en el presente caso sometimiento expreso a la Ley española, aplicada por el Juzgado”, ya que ello no consta en el documento que recoge el correspondiente contrato y, además, así fue confirmado por la agente comercial al declarar como testigo.

¹³ En relación con la elección de ley expresa e implícita, *vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 962-966.

aplicación”. De hecho, entre los índices más típicos de una voluntad tácita de las partes, de someterse a una determinada legislación nacional, cabe mencionar las referencias, explícitas o implícitas, a un concreto Derecho material estatal. Por ejemplo, podrían considerarse como índice tácito, en este sentido, las referencias, en un contrato internacional, a diversos preceptos del Código civil o del Código de comercio de un determinado ordenamiento jurídico estatal.

A mi modo de ver, a diferencia de lo que opina la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 3 de julio de 2019, con independencia de existir o no en el contrato litigioso una cláusula de elección de foro a favor de los Tribunales españoles (que en el supuesto de autos no la hay), no puede deducirse la voluntad tácita de las partes, de sometimiento a la legislación española, de factores de localización de carácter objetivo, por mucho que los mismos impliquen un “vínculo innegable” con nuestro país, como es el “lugar de celebración” del contrato objeto del litigio; “el hecho de haber sido suscrito el contrato en España y no en Alemania”; así como la “nacionalidad y domicilio de una de las partes”, en concreto, del principal (por mucho que este último factor sea un elemento esencial de los contratos de agencia comercial [como también lo es el domicilio del agente comercial y el mercado afectado]).

En todo caso, al margen de los índices de elección tácita de ley aplicable anteriormente señalados, existe uno definitivo que no se ha expuesto, al menos de un modo claro, por la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia objeto de comentario. A mi modo de ver, en el caso de autos, el sometimiento tácito de las partes, a la Ley española, se deriva del comportamiento procesal de las partes, las cuales plantean sus posiciones, en relación con la cuestión litigiosa, exclusivamente sobre la base del Derecho del foro. En concreto, la actora (la agente comercial) interpone la demanda, ante los órganos jurisdiccionales españoles, con base en el Derecho material español, y la demandada fundamenta sus pretensiones, igualmente, con base en el ordenamiento jurídico español.

3. Ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial en defecto de elección de ley en el seno del Reglamento “Roma I”

12. Como anteriormente hemos puesto de relieve, la interpelada, esto es, el principal (Joyería), impugna el fundamento jurídico 3º de la mentada sentencia dictada en primera instancia, según el cual la *lex contractus* es la ley española, en concreto, la ya citada Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia. En opinión de la impugnante, en el caso de autos, la ley rectora del contrato internacional de agencia comercial litigioso (*lex contractus*) es la legislación alemana (y no la española), y ello con base en el art. 4 del Reglamento “Roma I” (“ley aplicable a falta de elección”).

De lo señalado se desprende que la interpelada también considera, al igual que el Juzgado de Primera Instancia/Audiencia Provincial de Barcelona (Sala 11ª), que el contrato de agencia comercial, pese al habitual desequilibrio existente en la posición negocial de las partes (el agente comercial suele ser la parte débil de la relación litigiosa), ha de quedar incluido, no en el régimen especial de Derecho aplicable (reservado por el legislador europeo únicamente para cuatro categorías contractuales [contratos de transporte, contratos de consumo, contratos de seguro y contratos individuales de trabajo]), sino en el régimen general de Derecho aplicable (arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I” [los cuales constituyen el núcleo básico del mismo]). Esta base, de la cual ninguno de los implicados en el caso de autos se aparta, es el punto de partida correcto para la resolución de la problemática planteada.

13. No obstante, a diferencia de lo que considera la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia objeto de comentario, la impugnante estima que no hay elección tácita de ley (como defiende la Audiencia [la cual coincide con el principal en que no existe elección expresa de ley por las partes contractuales]), por lo que ha de acudir, para determinar la *lex contractus*, a la ley aplicable a falta de elección por las partes, en concreto, al apartado 1º del art. 4 del Reglamento “Roma I”, el cual establece normas de conflicto especiales para categorías contractuales muy habituales en la práctica internacional. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona pone de manifiesto, acertadamente a mi juicio, que “huelga recurrir al criterio –subsidiario– contenido en el art. 4 del Reglamento invocado por la impugnante”.

Entre las categorías contractuales, a las que alude el art. 4.1 del Reglamento “Roma I”, se encuentra el “contrato de prestación de servicios” (apartado 1b), que además de un concepto autónomo es una categoría jurídica muy extensa dentro de la cual tienen cabida, entre otros muchos tipos contractuales, los contratos de agencia comercial. Teniendo en cuenta la norma de conflicto especial consagrada por el apartado 1b) del art. 4 del Reglamento “Roma I”, “a falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el art. 3, (...), el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual”. En los contratos de agencia comercial, el prestador del servicio es claramente el agente comercial, que en el caso de autos tiene su residencia habitual en Alemania. Por lo tanto, la interpelada acierta en la aplicación al contrato litigioso del régimen general de Derecho aplicable consagrado por el Reglamento “Roma I” y hace una correcta aplicación del art. 4 del susodicho Reglamento, pero, a mi juicio, es erróneo recurrir al criterio subsidiario (contenido en el referido art. 4), cuando en el caso de autos existe, tal como afirma la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia comentada, un sometimiento tácito de las partes contractuales a la legislación española. Desde este punto de vista, tal como pone de manifiesto la Audiencia Provincial, “huelga recurrir al criterio –subsidiario– contenido en el art. 4 del Reglamento invocado por la impugnante”. En relación con este punto, la argumentación de la Audiencia Provincial de Barcelona me parece correcta. Desde mi punto de vista, la Audiencia Provincial se tendría que haber parado aquí, y no habría nada que objetar.

14. Sin embargo, la Audiencia, en ese afán de “mayor abundamiento” al que alude en diversas ocasiones en la sentencia comentada, que a mi modo de ver sólo incita a confusión y a falta de coherencia, continúa con la argumentación, sin que ello sea en absoluto necesario. En concreto, la misma defiende que, “en cualquier caso, aunque fuera de aplicación la legislación alemana ello no podría suponer en ningún caso la elusión de las reglas imperativas contenidas en la legislación de nuestro país con el que existen vínculos innegables (lugar de celebración, lengua empleada, nacionalidad y domicilio de una de las partes), en particular, no cabría privar al agente de los derechos reconocidos en los arts. 28 y 29 LCA (art. 9.2 Reglamento¹⁴ y STJUE de 9/11/2000, Caso Ingmar¹⁵) debiendo añadir a mayor abundamiento que, siendo Alemania un Estado miembro de la Unión es difícil imaginar que su legislación no esté, al igual que España, adaptada a la normativa comunitaria sobre la materia constituida por la Directiva 86/653/CEE en la que se regulan esos derechos económicos a favor del agente a la extinción del contrato así como el derecho a percibir la correspondiente remuneración por el desarrollo de su trabajo”.

Es obvio que tanto la legislación española de agencia como la alemana, así como la de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, cumplen los derechos reconocidos al agente comercial por la Directiva de agencia (que todos ellos han transpuesto correctamente): derecho del agente comercial a percibir la correspondiente remuneración por el desarrollo de su función, derecho a la indemnización por clientela en determinados supuestos, derecho al preaviso, etc. No obstante, ello no significa que sea

¹⁴ Dicho precepto, como sabemos, obliga, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, a aplicar las normas materiales internacionalmente imperativas del ordenamiento jurídico del foro (entre las cuales tienen cabida muchas disposiciones expresa e implícitamente imperativas de las Directivas europeas sectoriales, esto es, de las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación); lo cual no es necesario en el caso de autos, ya que tanto la legislación española de agencia como la alemana han transpuesto correctamente la Directiva 86/653/CEE. Y en el caso objeto de comentario, en el presente estudio, no considero que se produzcan las mismas circunstancias que las que concurrían en la sentencia del TJUE, de 17 de octubre de 2013, en el controvertido asunto *Unamar*. Dicho sentencia, que establece relevantes conclusiones sobre el modo de conciliar la Directiva de agencia con los instrumentos normativos europeos aplicables a los contratos internacionales, ha sido objeto de una multitud de comentarios: *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “La intervención de las ‘leyes de policía’ como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial: un nuevo paso en la comprensión del sistema”, *Diario La Ley*, de 22 de enero de 2014, núm. 8234, pp. 1-9; así como M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Agencia comercial, leyes de policía y Derecho internacional privado europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 357-366.

¹⁵ Al cual anteriormente hicimos alusión. Como sabemos, el TJUE, en el controvertido asunto *Ingmar*, impone la aplicación de los arts. 17-19 de la Directiva de agencia, los cuales constituyen el núcleo duro de la misma, en los supuestos en los cuales la *lex contractus* sea la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea (como ocurría en el caso *Ingmar*) y dicha legislación de un Estado tercero no respete el mínimo impuesto por la Directiva de agencia en relación con el tema clave en los contratos de agencia comercial: las indemnizaciones a las cuales tiene derecho el agente al finalizar el contrato por causas no imputables al mismo.

lo mismo aplicar la legislación española de agencia o la alemana. La sentencia comentada está mezclando conceptos que son diferentes. Una cosa es la ley rectora del contrato (*lex contractus*) y, otra bien distinta, es la referente a la necesidad de intervención o no de las normas materiales internacionalmente imperativas (“leyes de policía”), a las que alude expresamente el art. 9 del Reglamento “Roma I” (que en su apartado 1º las define en los mismos términos en que lo había hecho con anterioridad el TJUE), así como los polémicos asuntos *Ingmar* (de un modo implícito) y *Unamar*. Por lo tanto, este “mayor abundamiento” de la Audiencia debería de haberse evitado, ya que es a la par que confuso erróneo.

4. La falta de prueba del Derecho extranjero

15. Al margen de lo señalado, la interpelada alega que la falta de acreditación por la agente comercial, de la legislación alemana (que según ella es la *lex contractus*), “debiera comportar el rechazo íntegro de sus pretensiones”.

La Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 3 de julio de 2019, en ese afán obsesivo y prescindible por el “mayor abundamiento”, concluye señalando que “la Sala no podría en ningún caso llegar a la postulada absolución de la interpelada por el simple hecho de la falta de acreditación del derecho extranjero por parte de la agente (art. 281.2 LECivil), en el supuesto de que fuera aplicable”; que, como hemos recalcado anteriormente, no lo es. Para defender dicho argumento, la Audiencia Provincial de Barcelona se basa en diversas sentencias de la jurisprudencia española (“sentencias de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 23 de marzo de 1994, 25 de enero de 1999, 5 de junio de 2000, 13 de diciembre de 2000, *entre otras*”), conforme a las cuales “*cuando el contenido y vigencia del derecho extranjero no han resultado probados por las partes ni averiguados por el Tribunal (...), resulta aplicable la lex fori, como norma subsidiariamente competente* (tal como recalca la STS de 10 de junio de 2005). Según la Audiencia, “*dicha doctrina (que la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2.001, de 2 de julio, al examinar la cuestión desde el punto de vista que le compete, en la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución Española, consideró más respetuosa con el contenido de dicho precepto que la solución consistente en la desestimación de la demanda, defendida por un sector de la doctrina) (...)*”.

A mi juicio, esta argumentación de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia objeto de comentario, es totalmente prescindible, ya que partiendo de la elección tácita de la ley española, en el supuesto de autos, considero suicida entrar, sin que ello sea necesario (que en el caso de autos no lo es), en un tema tan polémico como es el de la aplicación judicial del Derecho extranjero en el sistema español de Derecho internacional privado. De hecho, como es bien sabido, no existe unanimidad doctrinal ni jurisprudencial, sobre las consecuencias derivadas de la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero competente en el marco del sistema español de Derecho internacional privado¹⁶; por lo que el recurso por la Audiencia a dicha argumentación, en cuanto que es innecesaria en el supuesto de autos, debería de haberse obviado.

16. En suma, como consecuencia de todo lo señalado, la impugnación articulada por el principal (Joyería) se desestima, por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 3 de julio de 2019. A mi modo de ver, aunque el resultado, de la resolución de la impugnación, formulada por Joyería contra la sentencia de 29 de febrero de 2016, es el correcto, la Audiencia ha entrado en argumentaciones innecesarias que muestran cierta confusión y falta de coherencia en relación con aspectos relevantes del Derecho internacional privado. Podría concluirse diciendo que “para este viaje no eran necesarias tantas alforjas”.

¹⁶ En relación con las tres posibles soluciones planteadas (la aplicación de oficio del Derecho extranjero por el juez, la aplicación del Derecho material español o la desestimación fundamentada de la demanda) y con las implicaciones del ambiguo art. 33.3 de la LCJIMC (el cual, pese a expresarse en términos facultativos, parece decantarse por la aplicación, en tales casos, del Derecho material español [“con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”]), *vid.*, por todos, A. RODRÍGUEZ BENOT, *Manual de Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 6ª ed, 2019, especialmente pp. 158-159.