

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE



NOMBRE: ALDO FELICIANO LA GATTA GUEVARA.

CURSO ACADÉMICO: 2019/2020

TITULACIÓN: GRADO EN DERECHO.

TÍTULO DEL TFG: EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL INTERNACIONAL.

TUTOR: ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

ÁREA DE CONOCIMIENTO: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



RESUMEN

En el presente trabajo estudiaremos el contrato de agencia comercial internacional, contrato que ha cobrado gran importancia en el ámbito internacional pues se presenta como un instrumento perfecto para los empresarios para exportar sus productos o servicios tanto a países de la UE como a terceros Estados a través de la figura del agente comercial. No obstante se presentan ciertas dificultades a la hora de establecer tanto la competencia judicial internacional como la ley aplicable, las cuales afrontaremos en el presente trabajo acudiendo a las diversas, leyes, directivas y reglamentos que tratan el presente tema.

Palabras clave: contrato de agencia comercial internacional, competencia judicial internacional, ley aplicable, agente comercial, exportación de bienes y servicios.

ABSTRACT

In this project, we will study the international agency agreement, a contract that has gained great importance in the international field as it is presented as a perfect instrument for companies to export their products or services to both EU countries and third States through the figure of the commercial agent. However, there are certain difficulties when establishing both international jurisdiction and applicable law, which we will face in these lines by going to the various laws, directives, and regulations that address this subject.

Keywords: international agency agreement, international jurisdiction competent, applicable law, comercial agent, export of goods and services.

ÍNDICE

I. PLANTEAMIENTO	6
II. CONCEPTO Y RASGOS CARACTERÍSTICOS	7
II.1. Concepto	7
II.2. Rasgos característicos.	8
III. RÉGIMEN JURÍDICO	9
III.1. Régimen sustantivo	9
III.2. Régimen conflictual.....	10
IV. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES INTERNACIONALES.....	12
IV.1. Contrato de agencia comercial internacional vs. Contrato de distribución comercial internacional	12
IV.2. Contrato de agencia comercial internacional vs. Contrato de comisión internacional.....	13
IV.3. Contrato de agencia comercial internacional vs. Contrato de franquicia comercial internacional	14
V. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.....	16
V.1. Obligaciones del agente	16
V.2. Obligaciones del empresario	17
V.3. Derechos del agente	18
V.4. Derechos comunes a ambas partes	19
VI. CUESTIONES SUSTANTIVAS DE INTERÉS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL INTERNACIONAL.....	20
VI.1. A la firma del contrato	20
a) Forma del contrato.....	20
b) Remuneración	21
c) Pacto de exclusiva	23
VI.2. A la extinción del contrato	31
VI.2.1. Extinción del contrato	31
a) Extinción del contrato por tiempo determinado	31
b) Extinción del contrato por tiempo indefinido: el preaviso	32
c) Extinción del contrato por causa de muerte	33
VI.2.2. Indemnizaciones: justificación, naturaleza y tipos.	33
a) La indemnización por clientela.....	35

b) La indemnización de daños y perjuicios.....	37
VI.2.3. Pacto de no competencia.	39
VII. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	42
VII.1. Resolución judicial de controversias	42
VII.2. Determinación de la ley aplicable.....	54
VIII. CONCLUSIONES.....	63
IX. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	65
X. ENLACES WEB CONSULTADOS	66
XI. LEGISLACIÓN CONSULTADA	67



I. PLANTEAMIENTO.

El presente trabajo tiene como objetivo el estudio del contrato de agencia comercial internacional. Para abordar este tema acudiremos, en primer lugar, a la legislación sobre la materia y a la numerosa bibliografía existente sin dejar de lado a la jurisprudencia que nos servirá para valorarlo desde el terreno de la práctica. Además, plantearé a lo largo de este trabajo un modelo de contrato de agencia comercial internacional en el que se incluirán las cláusulas más utilizadas, de forma que tengamos la estructura clara y se pueda comprender más fácilmente.

Este contrato es una de las figuras más utilizadas por las empresas para su **internacionalización** (resultado de la globalización), introduciendo y distribuyendo sus productos o prestando sus servicios en el extranjero sin necesidad de establecerse en cada uno de los países a los que exportan sus productos; por tanto, en el comercio internacional acudir a un agente comercial se presenta como una buena opción desde el punto de vista **coste-beneficio**.

Según Fernández y Hoyos (2015) la contratación internacional ha ganado mucha importancia, pero también se presentan diversas dificultades, pues "En un contexto de competitividad creciente y mayor complejidad de las transacciones internacionales se incrementan los litigios al aumentar los riesgos y las incertidumbres. La negociación de contratos en el exterior supone una complejidad especial y una serie de diferencias cualitativas con el área nacional.

El comercio internacional implica la contratación de transportes, seguros, servicios de terceras personas, además de otros contratos de tipo bancario y financiero, de cuyo conjunto depende que la transacción tenga éxito y llegue a buen término. Por otro lado, existen una serie de normas españolas y extranjeras de obligado cumplimiento para las partes. Vendedor y comprador deben respetar en las condiciones del contrato un conjunto amplio de materias

respecto a control de cambios, aduanas, normas de protección al consumidor, derecho de competencia, reglamentaciones técnicas de productos...".

Para comprenderlo de forma práctica acudiremos al siguiente supuesto que tomaremos como ejemplo: Legorreta Life Green, una sociedad Española, quiere expandir sus servicios a México, como se encuentra en proceso de expansión se le plantea como mejor opción celebrar un contrato de agencia comercial internacional debido a los menores costes y a los mayores beneficios que podría obtener, para ello necesitaría los servicios de un agente comercial, una vez seleccionado, celebran dicho contrato, que tiene como contenido la actividad de mediación y promoción para la venta de los productos de la sociedad Legorreta Life Green. A partir de este ejemplo iremos desarrollando un modelo de contrato paso por paso, con el fin de, al finalizar este trabajo tengamos una idea más clara de este contrato.

II. CONCEPTO Y RASGOS CARACTERÍSTICOS.

En este apartado vamos a abordar en primer lugar el concepto de contrato de agencia comercial internacional, y una vez definido analizaremos cada uno de los caracteres de esta figura.

II.1. Concepto.

Según el art.1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el Contrato de Agencia¹ (a partir de ahora Ley 12/1992), "Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones"

Así la colaboración de agentes comerciales da como resultado el medio más simple para penetrar y comercializar productos en mercados extranjeros, presentándose así como una de las técnicas de distribución de bienes y servicios más eficaces desde el punto de vista coste-beneficio, pues la

¹ BOE núm.129, de 29 de mayo de 1992.

empresa en vez de establecerse en cada uno de los países donde exporta sus productos, contratan los servicios de intermediación de agentes independientes encargados de la captación de clientes en los territorios que tienen asignados.

En cuanto a los elementos del contrato de agencia comercial internacional nos encontramos con:

- a) Elementos subjetivos: estos son el agente comercial y el mandante o empresario principal.
- b) Elementos objetivos: son el producto o servicio y el territorio donde el agente realiza su actividad.

II.2. Rasgos característicos.

Si nos vamos a la Exposición de motivos de la Ley 12/1992 y atendiendo al concepto podemos extraer los siguientes rasgos característicos:

1. Autonomía: Esto quiere decir que el agente comercial es un intermediario independiente, de forma que el organiza su actividad profesional y su estructura con total libertad.

De este modo la diferencia fundamental entre el representante de comercio y el agente comercial radica precisamente es esa independencia o autonomía, que falta en el primero.

2. Facultades de negociar y/o concluir operaciones por cuenta ajena: Esto se refiere a que el agente puede ser un mero negociador, o lo que es lo mismo, una persona dedicada a promover actos y operaciones de comercio, no actúa pues por cuenta propia, sino ajena, interviniendo como un mero negociador que pone en contacto a un vendedor con un comprador, sin asumir riesgo ni responsabilidad alguna del resultado de la operación que estos concluyan. O también puede asumir la función de concluir contratos u operaciones por él promovidos, aunque siempre en nombre y por cuenta del empresario, sin que ello suponga asumir el riesgo y ventura de tales operaciones, salvo pacto en contrario.

3. Duración: Este contrato vincula a las partes (agente y empresario) de forma estable, continua y duradera. El contrato de agencia exige por tanto permanencia y estabilidad, pues se trata de un contrato de duración, lo que no impide que pueda establecerse por tiempo determinado o por tiempo indefinido. Además según establece el preámbulo de la Ley 12/1992, es igual de permanente un contrato de agencia celebrado por tiempo indeterminado, que un contrato de agencia celebrado por uno o varios años.

4. Carácter retribuido del agente: Aunque la definición ofrecida 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 independientes² ("Directiva 86/653/CEE", en lo sucesivo) no deja claro este punto, la definición recogida en la Ley 12/1992 sí lo ha incluido expresamente.

III. RÉGIMEN JURÍDICO.

Ahora entraremos a estudiar el régimen jurídico aplicable al contrato de agencia comercial internacional, para ello tenemos que tener en cuenta que existe un régimen sustantivo y una régimen conflictual.

III.1. Régimen sustantivo.

a) Ley 12/1992: desde el punto de vista de la regulación sustantiva, el contrato de agencia se encuentra regulado por la Ley 12/1992, suponiendo ésta una adaptación del Derecho español a la Directiva 86/653/CEE.

b) Directiva 86/653/CEE: antes uno de los problemas que planteaba el contrato de agencia era el distinto tratamiento que recibía por las diferentes legislaciones europeas e incluso en algunas legislaciones carecía de regulación sustantiva, por ésta razón, la Comunidad Europea decidió armonizar las legislaciones de sus Estados miembros, tarea que llevó a cabo a través de la Directiva 86/653/CEE, ésta regula básicamente tres aspectos clave: qué se entiende por derecho a remuneración por su intermediación y el derecho a ser indemnizado, así como el correspondiente preaviso para resolver el contrato.

² DOCE núm. L 382, de 31 de diciembre de 1986.

Por otro lado, la Ley 12/1992 se encargó de incorporar el texto de la Directiva 86/653/CEE, pero con algunas desviaciones, regulando ex novo el contrato de agencia y dotándolo de un régimen jurídico propio que no poseía, ya que se asimilaba al contrato de comisión mercantil.

De forma subsidiaria se aplica el Código de Comercio en materia de comisión mercantil (arts. 244-302) y residualmente se aplican las normas del mandato del Código Civil.

c) *Lex Mercatoria*: debido a las necesidades del comercio internacional aparece la Lex Mercatoria Internacional, que no es más que un conjunto de normas basadas en los usos profesionales, los contratos tipo, las regulaciones dictadas en el marco de cada profesión y la jurisprudencia arbitral, componiendo estos en su conjunto "los principios legales generalmente aceptados reconocidos en comercio internacional" a los que podemos añadir los "Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales" elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Lo que se quiere conseguir con esto es asegurar que las normas del modelo de contrato puedan aplicarse de forma uniforme a las partes, aun siendo de distintos países sin que las leyes nacionales resulten ser una traba a la resolución de situaciones conflictivas. En este ámbito destaca el modelo de contrato de agencia comercial de la Cámara de Comercio Internacional, de 1991, estandarización de las principales cláusulas que deben figurar en los contratos de agencia circunscritos a la venta de mercaderías³. Con el paso del tiempo ha aparecido el concepto de "Nueva Lex Mercatoria", concepto que ha resultado traer cierta polémica⁴.

III.2. Régimen conflictual.

En este punto debemos de diferenciar entre competencia judicial internacional y ley aplicable.

³ Vid. Ortega, A. (2013). *Contratación internacional práctica. Cómo evitar los "riesgos contractuales en el comercio internacional"*. Madrid: ICEX, pp.129-130.

⁴ Vid. Calvo A.L. & Carrascosa J. (2017). *Derecho Internacional Privado, Volumen II, decimoséptima edición*. Granada: Comares pp.929-935.

Hablando desde un ámbito nacional, es decir, de los contratos de agencia que se lleven a cabo en territorio español de forma exclusiva (contratos de agencia no internacionales) conocerá el juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario (Ley 12/1992)⁵.

Mientras que para determinar la competencia judicial de un punto de vista internacional tenemos que acudir principalmente a:

a) Reglamento Bruselas I Bis: Para determinar *la competencia judicial* tenemos que acudir al Reglamento 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, también denominado Bruselas I Bis⁶, anteriormente el Reglamento (CE) nº 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 (Bruselas I)⁷. Dicho reglamento es aplicable a todos los Estados de la UE. A modo de ejemplo podemos ver como en el auto núm. 179/2007 de 19 de diciembre se plantea un problema de competencia judicial internacional y la forma en que en este caso se resuelve⁸.

⁵ Vid. ORTEGA, A. (2012). *Contratación internacional de agentes comerciales*. Madrid: ICEX, pp.45-46.

⁶ DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012 (refundición).

⁷ DOCE L 12, de 16 de enero de 2001.

⁸ España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª) [versión electrónica- base de datos Aranzadi]. Auto núm.179/2007 de 19 de diciembre [consultado el 20 de octubre de 2016]. En este Auto se planteaba un problema sobre competencia judicial internacional, en el que se discutía cuáles eran los tribunales competentes, si los españoles o los alemanes, resolviéndose de la siguiente forma "...Es este por tanto el fuero legal inderogable al que se hallan sometidas las partes en litigio, toda vez que las sociedades en litigio se hallan domiciliadas en un Estado miembro, KETTLITZ-CHEMIE GmbH & Co KG en Alemania y NORTH SA en España, donde se ha presentado la demanda judicial en ejercicio de acciones derivadas de un contrato de agencia. Por tanto al encontrarnos ante un litigio en el que son partes dos estados miembros y relativo a la explotación de un contrato de agencia es el tribunal español el que debe conocer de los presentes autos, y no el alemán como dice la resolución recurrida por ser este el fuero competencial establecido con carácter especial en el Reglamento de la CEE directamente aplicable al estado español. Coincide con dicho fuero de competencia especial además la Ley del Contrato de Agencia española Ley 12/1992, de 27 de mayo (RCL 1992, 1216) dictado en armonía y transposición de las Directivas 86/653/CEE de 18 de diciembre de 1986 (LCEur 1986, 4697), puesto que en su Disposición Adicional se establece como fuero legal indisponible e inderogable para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia, el Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contra. La normativa española especial en materia de Agencia se adecua así perfectamente a la previsión competencial especial establecida en el art. 59 apartado quinto del Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre (LCEur 2001, 84), razones por las que hemos de concluir en consecuencia la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles."

b) Convenio de Lugano II: si se trata del territorio Lugano, formado por Noruega, Suiza e Islandia tenemos que acudir al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, también conocido como Lugano II⁹.

c) Roma I: Mientras que para determinar la *ley aplicable* a las relaciones entre las partes contratantes tendremos que estar al Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)¹⁰. Recogiéndose en sus arts. 3 y 4 tanto la regla general, que es la libertad de elección (art. 3), así como la ley aplicable a falta de elección (art. 4).

Por otra parte, a las relaciones externas, esto quiere decir, el empresario y/o agente con el tercero, le es aplicable el apartado 11 del art.10 del Código Civil.

IV. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES INTERNACIONALES.

En el presente apartado nos centraremos en diferenciar el contrato de agencia comercial internacional de otras figuras similares como son los contratos de: distribución comercial internacional; comisión internacional; o el de franquicia internacional.

IV.1. Contrato de agencia comercial internacional vs. Contrato de distribución comercial internacional.

Para comenzar con esta comparación es importante resaltar que el contrato de agencia tiene una regulación específica (Ley 12/1992), es decir, el contrato de agencia es un contrato típico, mientras que el contrato de distribución es un contrato atípico, pues no tiene una regulación concreta que defina esta figura y le atribuya una normativa básica y determinada¹¹.

⁹ DOUE L 339, de 21 de diciembre de 2007

¹⁰ DOUE L 177, 4 de julio de 2008.

¹¹ A diferencia del contrato de distribución, el contrato de agencia goza de una prolija legislación y regulación desarrollada mediante jurisprudencia y doctrina. En concreto a nivel europeo, viene reglado por la *Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986 (LCEur 1986, 4697)*, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, de obligatoria transposición en todos los

Ahora centrándonos en el contrato de distribución, también conocido como concesión, podemos decir que es aquel contrato por el que un empresario (distribuidor o concesionario) se compromete a adquirir en determinadas condiciones productos, normalmente de otra marca a otro (concedente) y a revenderlos en una determinada zona geográfica, prestando a los compradores de dichos productos la asistencia y servicios necesarios una vez realizada la venta.

Del concepto podemos extraer las siguientes diferencias:

En primer lugar, el agente actúa en nombre y por cuenta del principal, es decir, por cuenta ajena, mientras que el distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia. Además mientras el agente tiene como misión la promoción de ventas por cuenta ajena (del empresario principal), el distribuidor se dedica a la reventa o distribución de los productos del concedente.

En segundo lugar, en cuanto a la dependencia, mientras que el agente es siempre independiente y se organiza según sus propios criterios, el distribuidor puede no gozar de esa independencia, pues puede ser que esos criterios le vengan impuestos por el concedente.

Por último, si nos fijamos, el distribuidor compra para luego revender, y lo hace por cuenta propia, por lo que su remuneración va a ser el beneficio de la reventa y no una comisión, es decir, su beneficio lo obtiene de la diferencia entre el precio de suministro y el precio de reventa, precio que en la mayoría de las ocasiones, es fijado por el propio concedente.

IV.2. Contrato de agencia comercial internacional vs. Contrato de comisión internacional.

Primero definiremos brevemente el contrato de comisión y luego abordaremos las principales diferencias con el contrato de agencia. Podemos decir que se trata de un contrato celebrado entre dos empresarios, o entre un empresario y otra persona, por el que una de las partes (el comisionista) se obliga a llevar a

países miembros, en concreto en España mediante la *Ley 12/1992, de 27 de mayo (RCL 1992, 1216) sobre contrato de agencia.*

cabo por encargo y cuenta de otro (el comitente) una o varias operaciones mercantiles (sin garantizarle el resultado del encargo).

Las principales diferencias son:

En cuanto a su duración, la comisión es de tracto instantáneo, mientras que el contrato de agencia es esencialmente de duración.

Por lo que se refiere a la representación, el comisionista estipula con el tercero el contrato de realización de la comisión por cuenta del comitente, mientras que el agente promociona y estipula los contratos siempre en nombre y por cuenta del empresario principal.

Por último cabe mencionar que en el contrato de comisión no se hace uso de las cláusulas de exclusividad, mientras que en el contrato de agencia es casi fundamental.

IV.3. Contrato de agencia comercial internacional vs. Contrato de franquicia comercial internacional.

Por el contrato de franquicia un empresario (el franquiciador) cede a otro (el franquiciado) el derecho a la explotación de un determinado sistema para comercializar ciertos productos o servicios, a cambio de una contraprestación económica, el contenido esencial de este contrato viene determinado por tres elementos que caracterizan a esta figura y son: la marca; el know-how; y la asistencia comercial y técnica durante la vigencia del acuerdo de franquicia por parte del franquiciador.

Ahora pasaremos a ver las principales diferencias con el contrato de agencia. Así, mientras que en el contrato de franquicia tanto el franquiciador como el franquiciado son empresarios independientes que invierten y arriesgan sus propios patrimonios, en el contrato de agencia comercial es un intermediario independiente el que tiene la autoridad continuada para negociar la compra y la venta de bienes por cuenta de otra persona (el empresario principal), o para negociar tales transacciones por cuenta y en nombre del empresario, sin asumir riesgo ni responsabilidad alguna del resultado de la operación que estos concluyan.

	AGENCIA COMERCIAL INTERNACIONAL	DISTRIBUCIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL	FRANQUICIA COMERCIAL INTERNACIONAL	COMISIÓN INTERNACIONAL
Objetivo	Se trata de un contrato de intermediación empleado para la captación de clientes en zonas geográficas no explotadas comercialmente.	Se trata de un contrato utilizado para vender productos al por mayor, en el que el distribuidor actúa como comprador/ revendedor de determinados productos.	Se trata de un contrato atípico en el que el franquiciado asume la propiedad intelectual e industrial del franquiciador a cambio de una contraprestación económica.	Se trata de un contrato por el cual el comisionista, se obliga a realizar por encargo y cuenta del comitente una o varias operaciones mercantiles.
Duración	Se trata de un contrato de duración, es decir, exige permanencia o estabilidad.	Al igual que el contrato de agencia, el contrato de distribución es un contrato de duración.	El contrato de franquicia se trata de un contrato de tracto sucesivo.	Es de tracto instantáneo
Representación	El agente actúa en nombre y por cuenta del principal.	El distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia.	El franquiciado actúa en su nombre y por cuenta propia.	El comisionista actúa en representación del comitente en la realización de las operaciones comerciales que se hayan acordado.

V. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

V.1. Obligaciones del agente.

El agente, en el cumplimiento de sus funciones, deberá velar por los intereses del empresario actuando de forma leal y de buena fe. Así el agente deberá en particular:

- a) Emplear la diligencia de un ordenado comerciante para promover la negociación, o en su caso, concluir las operaciones de las que esté encargado.
- b) Comunicar al empresario toda la información necesaria de la que disponga, y en especial la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución.
- c) Además deberá atenerse a las instrucciones razonables que le haya dado el empresario principal, siempre y cuando no afecten a su independencia.
- d) También deberá recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros por defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o servicios prestados.
- e) Por último el agente debe llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.

Así en el contrato podemos introducir la siguiente cláusula:

OBLIGACIONES DEL AGENTE. *El agente organizará su actividad profesional con total independencia y conforme a sus pautas, normas o criterios. No obstante deberá respetar los intereses de la empresa mandante y tendrá en cuenta las instrucciones que ésta le dé en todo lo referente a precios, condiciones de entrega y pago de las operaciones que se realicen, descuentos a conceder, etc.*

V.2. Obligaciones del empresario.

En sus relaciones con el agente, el empresario deberá actuar lealmente y de buena fe. En particular el empresario deberá:

- a) Poner a disposición del agente todos los documentos necesarios relacionados con las mercancías de que se trate.
- b) Procurar al agente las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia, y en particular avisarle con antelación en el momento en que prevea que el volumen de las operaciones vaya a ser sensiblemente inferior al que el agente comercial hubiera podido esperar.
- c) El empresario además deberá satisfacer la remuneración pactada.
- d) Por último el empresario deberá en el plazo de quince días comunicar al agente la aceptación o rechazo de la operación comunicada. Como también, deberá comunicarle dentro del plazo más breve posible la ejecución, ejecución parcial o falta de ejecución de ésta.

Al igual que con las obligaciones del agente, las obligaciones del empresario también se deben recoger en una cláusula contractual:

OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO. *El empresario se compromete a tener al agente informado, a facilitar los muestrarios, catálogos, tarifas y cuantos documentos sean necesarios para el ejercicio de la actividad del agente. Estos serán remitidos al domicilio del agente por cuenta y cargo del mandante.*

A la terminación del contrato el agente deberá devolver a la empresa la citada documentación, corriendo por cuenta del agente los gastos de envío.

Con dicho fin las partes firman en anexo adjunto, incorporando al presente contrato la relación de muestrarios, catálogos y documentos, así como su valoración.

V.3. Derechos del agente.

Estos los podemos resumir en los siguientes:

- a) Derecho a una remuneración de acuerdo con los usos habituales donde ejerza su actividad, en el caso de que no existiesen tales usos, el agente tendrá derecho a una remuneración razonable.
- b) Derecho a recibir la información que se halle en manos del empresario y que sea necesaria para verificar el importe de las comisiones que le correspondiesen.
- c) Por último, tiene derecho a percibir una indemnización, cuestión que trataremos más a fondo posteriormente en el punto VI, apartado 2.2. Indemnizaciones. Justificación, naturaleza y tipos.

	AGENTE	EMPRESARIO
OBLIGACIONES	<ul style="list-style-type: none"> • Actuar diligentemente en la promoción y/o conclusión de las operaciones de las que esté encargado. • Comunicar al empresario toda la información necesaria. • Seguir las instrucciones razonables del empresario. • Recibir en nombre del empresario principal las reclamaciones de clientes. 	<ul style="list-style-type: none"> • Poner a disposición del agente los documentos necesarios. • Proporcionar la información necesaria para la ejecución del contrato de agencia. • Satisfacer al agente la remuneración pactada. • Informar en un plazo razonable sobre la aceptación o rechazo de la operación comunicada, así como de su ejecución, ejecución parcial o falta de ejecución.
DERECHOS	<ul style="list-style-type: none"> • Percibir una remuneración de acuerdo con los usos habituales donde se ejerza su actividad o en su defecto una remuneración razonable. • Exigir al empresario toda la información que sea necesaria • Percibir una indemnización una vez finalizado el contrato. 	<ul style="list-style-type: none"> • Exigir al agente toda la información de la que el agente disponga. • Dar instrucciones al agente, siempre que no afecten a su independencia.

V.4. Derechos comunes a ambas partes.

Aquí en particular nos encontramos con los siguientes derechos:

DERECHOS COMUNES A AMBAS PARTES
<ul style="list-style-type: none">• Derecho a obtener de la otra parte un escrito firmado en el que se recoja el contenido y sus eventuales apéndices.• Cuando el contrato se haya celebrado por tiempo indefinido, ambas partes podrán poner fin al mismo con el debido preaviso.

- a) Derecho a obtener de la otra parte un escrito firmado donde quede recogido tanto el contenido del contrato, como sus eventuales apéndices, siendo este un derecho irrenunciable. Esto no quiere decir que los contratos verbales carezcan de plena validez, ya que su contenido estará sometido al principio de prueba por la parte que intente demostrar su existencia. Pero es verdad que hay ciertos pactos cuya validez está taxativamente condicionada a que se formalicen por escrito, como es el caso de los pactos de no competencia tras la extinción del contrato, o el caso de la obligación de asumir el riesgo del buen fin de la operación.
- b) Derecho de las partes de poner fin al contrato mediante el oportuno preaviso, cuando el contrato se haya celebrado por tiempo indefinido. De esta manera el contrato de agencia se podrá extinguir por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito. El plazo del preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un límite máximo de seis meses. Si se diera el caso de que el contrato hubiera estado en vigor por un tiempo inferior al año, dicho plazo será de un mes. Más adelante procederemos a un desarrollo más completo sobre el preaviso en el punto VI, apartado 2.1. La extinción del contrato, subapartado b) Extinción del contrato por tiempo indefinido: el preaviso.

VI. CUESTIONES SUSTANTIVAS DE INTERÉS EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL INTERNACIONAL.

En este apartado aprovecharemos para introducir un modelo de contrato a modo de ejemplo, como dijimos al inicio de este trabajo que haríamos, para lo que iremos desarrollándolo a medida que avanzamos con la materia.

VI.1. A la firma del contrato.

a) Forma del contrato.

En cuanto a forma se refiere, **prima el principio de libertad de forma**, pero esto no obsta a que cada una de las partes pueda exigir a la otra en cualquier momento, que se formalice por escrito el contrato de agencia, en el que se harán constar las modificaciones que, en su caso, se hubieran producido en el mismo.

Es importante tener en cuenta que **la ley exige la forma escrita para determinados acuerdos a los que puedan llegar las partes**, como ocurre con el acuerdo de asunción de responsabilidades de las operaciones.

Ejemplo:

CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL INTERNACIONAL

En la ciudad de Alicante, a 19 de julio de 2016

REUNIDOS

De una parte, D. Jesús Treviño, en representación de la mercantil Legorreta Life Green S.A, con NIF A5881859, con Domicilio en Av. Alfonso X, Nº47, Alicante, España, actuando como Mandante.

De otra, D. Renán Silva con NIF (RFC) RESI141092, con domicilio en Monte Palatino, Nº. 240, Fuentes del Valle, San Pedro Garza García, Monterrey, N.L., México, actuando como Agente.

En el carácter que ha quedado expresado, ambas partes se consideran recíprocamente con plena capacidad para contratar y obligarse, por lo que puestos previamente de acuerdo,

EXPONEN

1. *La empresa Legorreta Life Green S.A. se dedica a la fabricación de zumos y alimentos ecológicos, dirigidos al creciente mercado de vegetarianos y veganos.*
2. *Que la empresa desea promover la venta de sus productos y los servicios relacionados con los mismos, en el territorio contemplado en el siguiente contrato.*
3. *Que D. Renán Silva es agente comercial colegiado y desempeña su actividad profesional en Monterrey (México).*
4. *Que han convenido la celebración de un CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL INTERNACIONAL, excluyéndose expresamente el carácter laboral, y que llevan a efecto mediante el presente contrato y de acuerdo las siguientes cláusulas.*

b) Remuneración.

La retribución del agente **puede consistir en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación entre ambas**. Por tanto, la remuneración es un derecho expresamente reconocido. En defecto de pacto, la retribución se fijará de acuerdo con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad, y en defecto de estos, el agente percibirá la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias particulares que hayan concurrido en la operación.

Habitualmente la forma en la que se remunera al agente es mediante comisión, aunque no es la única. El derecho a percibir la comisión por una operación concluida durante la duración del contrato de agencia exige que concurra una de las siguientes circunstancias:

- Que la operación se haya concluido gracias a la intervención del agente.
- Que la operación se haya concluido con una persona con la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido anteriormente operaciones análogas.

Se reconoce de esta manera el derecho a la comisión no sólo cuando el agente haya intervenido directamente en la operación, sino también cuando ésta derive de una actividad anterior gracias a la cual se ha podido concluir. En estos casos las comisiones reciben el nombre de "**directas**", ya que en un caso como en otro el agente ha intervenido directa y personalmente.

Además se reconoce al agente el derecho a percibir comisiones "**indirectas**" en casos en que, no habiendo intervenido en la operación, ésta se concluye con un cliente perteneciente a su sector geográfico o al grupo de personas con el que el agente tuviera reconocida la exclusiva. Con éstas últimas lo que se pretende es proteger al agente de posibles intromisiones de otros agentes o del mismo empresario, pero para ello es necesario que se haya contemplado mediante la inclusión del pacto de exclusiva.

Por otro lado, en el caso del derecho a percibir la comisión por operaciones concluidas después de finalizar el contrato, cabe distinguir los siguientes supuestos:

- Operaciones debidas a la actividad del agente durante la vigencia del contrato y que hayan concluido dentro de un plazo razonable una vez terminado éste (tres meses siguientes a partir de la extinción del contrato).
- Operaciones ya concertadas por el agente antes de la extinción del contrato de agencia, pero cuya conclusión se produce después de dicha terminación. Es importante destacar que el agente no tendrá derecho a la comisión por los actos u operaciones concluidos durante de la vigencia del contrato, si dicha comisión corresponde a un agente anterior, a no ser que, debido al esfuerzo y trabajo realizado por ambos agentes, lo más justo fuese repartir la comisión entre ambos agentes.

En relación con este sistema de remuneración tenemos que tener en cuenta varias cuestiones:

1) Devengo de la comisión.

El devengo de la comisión se producirá en el momento en el que el empresario hubiera ejecutado la operación; hubiera debido ejecutarla o que el acto u operación hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero (art. 10 de la Directiva 86/653/CEE y art. 14 de la Ley 12/1992).

2) Pago de la comisión.

El pago de la comisión debe producirse como muy tarde el último día del mes siguiente al trimestre durante el que se haya devengado, sin que puedan pactarse condiciones distintas en perjuicio del agente, pero en caso de ser a favor sí que se podrían pactar, como por ejemplo, se podría pactar pagarla en un plazo inferior.

3) Pérdida del derecho a la comisión.

El derecho al cobro de la comisión se extingue si el contrato entre el tercero y el empresario no se llegara a ejecutar y las causas no fueran imputables al empresario, es decir, el agente tendrá derecho a la comisión aun en el caso de que el empresario no ejecute la operación por causas atribuibles a este.

Por tanto, sólo el agente perderá tal derecho cuando el culpable de la inejecución de la operación sea el cliente, la carga de la prueba en este caso la tiene el empresario y si procede la pérdida de tal derecho, el agente estará obligado a devolver lo que haya cobrado.

4) Reembolso de gastos.

El agente no podrá reembolsarse los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional, salvo que así se hubiese pactado.

5) Garantía de las operaciones a cargo del agente .

Se puede pactar la asunción del riesgo y ventura por el agente de uno, de varios o de la totalidad de los actos u operaciones promovidos o concluidos por cuenta de un empresario, pero este pacto será nulo si no consta por escrito y con expresión de la comisión a percibir.

c) Pacto de exclusiva.

Según el art. 20.1 Ley 12/1992 "Entre las estipulaciones del contrato de agencia, las partes podrán incluir una restricción o limitación de las actividades profesionales a desarrollar por el agente una vez extinguido dicho contrato". Así debido al principio de autonomía de la voluntad estos pactos restrictivos de la competencia¹², cuyo fin es limitar la actuación del empresario, del agente o de ambos pueden ser incorporados a sus contratos.

De esta forma **se puede establecer un pacto de exclusiva que obligue al empresario a no otorgar a ninguna otra persona la condición de agente ni a otorgar el derecho a promover las ventas de los productos objeto de contrato en el territorio reservado al agente**, lo que significa que el agente designado actuará como agente exclusivo en la zona asignada de los productos que se encuentran delimitados por la exclusiva.

Pero esto no significa que la exclusiva afecte sólo al empresario, ya que **también puede exigirse al agente que no promueva la venta de productos que sean competencia de los del empresario o además, que no medie con firmas que aunque no comercialicen el mismo tipo productos en la zona asignada al agente, sean competidoras de este en otra línea de productos o en otra zona geográfica**. Este carácter bilateral supone que estas restricciones sean un derecho y una obligación para las partes. Como se ha dicho antes estas restricciones también pueden establecerse con carácter unilateral, o lo que es lo mismo, sólo en favor del agente y a cargo del empresario o viceversa, pero en este último caso no puede hacerse una prohibición general de realizar actividades con empresarios no competidores, sino una prohibición específica de operar con productos o empresarios que sean competidores, pues de lo contrario atentaría contra la autonomía e independencia que caracterizan al agente.

¹² Como estas restricciones no son rasgos inherentes al contrato, la Directiva no hace alusión a ellas y la Ley 12/1992 se refiere a ellas de manera implícita en su artículo 7 que dice: "salvo pacto en contrario, el agente puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios. En todo caso, necesitará el consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover".

Para verlo de una forma más práctica acudiremos a la *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2010* sobre un contrato de agencia con pacto de exclusiva para el agente¹³, es decir, unilateral. En dicho caso ocurre lo siguiente: las aseguradoras Winterthur Seguros generales, Sociedad Anónima Seguros y Reaseguros y Winterthur Vida Española celebraron un contrato de agencia con Bofarull Serveis Asseguradors y Aslar Mediadores de Seguros, estableciendo en la cláusula tercera que las partes pactan que la agencia no podrá estar simultáneamente vinculada por contrato de agencia a otra entidad, alcanzando las formas de vinculación directa e indirecta. El 25 de marzo de 2002 la compañía aseguradora notificó su decisión de optar por la resolución contractual de los dos contratos de agencia, alegando como causa de extinción que las destinatarias de las cartas habían infringido el pacto de exclusividad establecido en la estipulación tercera del contrato.

Acto seguido, las empresas infractoras alegaron que la resolución carecía de justificación suficiente, era improcedente y que estas debían ser indemnizadas, e incluso llegaron a afirmar que no cualquier incumplimiento bastaba para provocar la resolución, y que lo que a ellas se les imputaba en este caso carecía del carácter esencial necesario. Claramente, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial declararon resueltas las relaciones contractuales, pues la resolución se fundamenta no tanto en el incumplimiento, sino en la efectiva frustración del fin contractual que se logra como consecuencia de tal vulneración, pues se supone que el pacto es el motivo por el que se celebra dicho negocio jurídico. Por tanto, **el incumplimiento que se presente ha de ser grave, y tiene que causar la frustración de las expectativas legítimas de las partes**. Señala la doctrina que ésta es una de las manifestaciones del *principio de buena fe* que debe presidir las relaciones contractuales, ya que proporcionar un medio tan radical y riguroso para casos en los que el incumplimiento no afecta de forma trascendente a la relación obligatoria significaría dar más

¹³ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [versión electrónica- base de datos Aranzadi] Sentencia num. 175/2010 de 8 abril [consultado el 21 de octubre de 2016].

relevancia a una de las partes, dejando en sus manos el cumplimiento del contrato¹⁴

A continuación seguiremos con el **ejemplo** donde estábamos desarrollando el modelo de contrato, en el cual intentaremos mantener un orden lógico:

CLÁUSULAS

PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO. *El objeto del presente contrato de agencia consiste en la actividad de mediación y promoción para la venta de los productos y servicios de Legorreta Life Green S.A.*

SEGUNDA. DEMARCACIÓN TERRITORIAL. *El agente llevará a cabo su actividad en México. La zona descrita se considerará exclusiva, debiendo el agente desarrollar su actividad con la máxima intensidad con el objetivo de incrementar tanto el número de clientes como el volumen de operaciones comerciales, no pudiendo vender fuera de la misma, salvo autorización expresa del mandante.*

En consecuencia, mientras esté en vigor el presente contrato, la sociedad no designará a otros agentes en la zona concedida. No obstante la empresa se reserva la facultad de realizar, a través de su departamento comercial, en la zona descrita las gestiones comerciales que considere oportunas para incrementar el volumen de operaciones, quedando el agente obligado a colaborar con el personal designado por la mandante, recibiendo la correspondiente comisión únicamente por la operaciones en que intervenga.

La empresa transmitirá al agente comercial toda la correspondencia proveniente del territorio que vaya dirigida a la sociedad y que tenga

¹⁴ Egusquiza, M.A. (1990). Obligaciones negativas incluidas en la Ley de Propiedad Intelectual. Revista Jurídica de Navarra, nº 9, p.199.

relación con los productos y/o clientes objeto del presente contrato, así como los duplicados de toda la correspondencia, facturas u otros documentos comerciales emitidos por la empresa que tengan como destino el territorio para el que está nombrado el agente y que tengan relación con los productos y/o clientes objeto del presente contrato.

TERCERA. CLIENTELA. *Es función primordial del agente comercial la captación y aportación del mayor número posible de clientes, debiendo realizar en este sentido las oportunas actividades de promoción, sin perjuicio de la actividad promocional que pueda llevar a cabo la empresa.*

A efectos de la determinación de la clientela que, con su actividad, aporte el agente comercial a los posibles efectos previstos en el artículo 28 de la Ley 12/1992, se incorpora en anexo adjunto, el cual forma parte integrante del presente contrato, la relación de clientes actuales de la empresa mandante. Este anexo se actualizará anualmente, de manera que se irán incluyendo los nuevos clientes aportados por el agente como resultado de la realización de su actividad.

CUARTA. EXCLUSIVIDAD. *El agente podrá realizar su función de mediación o promoción para otras empresas o personas físicas, siempre que no supongan competencia, directa o indirecta para la empresa mandante.*

QUINTA. SUBAGENTES. *Teniendo en cuenta la amplitud del territorio asignado, y sin perjuicio de su independencia y su libertad de organización, el agente podrá delegar las funciones encomendadas por el Mandante en los subagentes o personas físicas y/o jurídicas que tenga por conveniente, bajo su responsabilidad. Ninguna de estas personas mantendrá una relación directa con el Mandante, siendo únicamente admitidas las relaciones que se desprendan del contrato de agencia establecido entre el Agente y el Mandante. El agente comercial se hará cargo de la remuneración de los subagentes y responderá ante la empresa de la gestión por ellos desarrollada.*

SEXTA. OBLIGACIONES DEL AGENTE. *El agente organizará su actividad profesional con total independencia y conforme a sus pautas, normas o criterios. No obstante deberá respetar los intereses de la empresa mandante y tendrá en cuenta las instrucciones que ésta le dé en todo lo referente a precios, condiciones de entrega y pago de las operaciones que se realicen, descuentos a conceder, etc.*

SÉPTIMA. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO. *El empresario se compromete a tener al agente informado, a facilitar los muestrarios, catálogos, tarifas y cuantos documentos sean necesarios para el ejercicio de la actividad del agente. Estos serán remitidos al domicilio del agente por cuenta y cargo del mandante.*

OCTAVA. REMUNERACIÓN. *La remuneración del agente consiste en comisiones, que se abonarán de la siguiente forma:*

a) una comisión del 15% sobre el precio neto de los productos vendidos por la intervención directa y personal del agente.

b) una comisión del 5% sobre el precio neto de los productos vendidos en la zona de actuación del agente aunque en la conclusión de la operación no haya intervenido el agente.

El tanto por ciento de comisión que corresponda al Agente, de acuerdo a lo especificado anteriormente, se calculará siempre sobre el neto que resulte después de aplicado el descuento.

NOVENA. DEVENGO DE LAS COMISIONES Y MONEDA. *Las comisiones se harán efectivas mensualmente en pesos mexicanos en la cuenta bancaria del agente, D. Renán Silva, una vez hayan sido íntegramente abonadas las operaciones al mandante.*

Cada mes natural la empresa practicará la oportuna liquidación de comisiones devengadas, que enviará al agente para que en el plazo de 7 días hábiles muestre su conformidad, entendiéndose que se considera conforme si no indica nada dentro del plazo establecido.

DÉCIMA. VENTAS Y ACEPTACIÓN DE PEDIDOS. *El agente comercial promoverá y concluirá el mayor número de ventas posible en el territorio asignado (México) con clientes de productos de la empresa, teniendo en cuenta que:*

a) El Agente firmará y cursará por escrito a la empresa mandante todos los pedidos provenientes de personas físicas o jurídicas situados en el territorio asignado. La empresa comunicará por escrito al agente comercial la aceptación o el rechazo de los pedidos dentro del plazo de los cinco días siguientes a la recepción de los mismos. Si transcurriese este plazo sin que la empresa comunicare al agente su rechazo o reparos al pedido, se entenderá que dicho pedido ha sido aceptado por la empresa.

b) Los precios de venta serán los fijados en la tarifa vigente en cada momento, no obstante el agente comercial puede concertar libremente operaciones con un descuento en los precios indicados de hasta un 15%. los descuentos superiores a este 15% sólo procederán previa autorización escrita de la empresa.

c) El agente comercial deberá ajustarse a las condiciones generales de venta que le señale la empresa. La empresa se reservará el derecho de modificar dichas condiciones. Dicho esto, el agente sólo podrá convenir condiciones particulares con los clientes con la previa autorización escrita de la empresa mandante.

d) Las mercancías viajarán siempre a cuenta y cargo de la empresa, salvo pacto expreso y por escrito en que la empresa acepte lo contrario.

e) La empresa servirá directamente a los clientes los productos objeto de las operaciones concertadas por el agente comercial con los mismos. En el caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del agente comercial y/o el cliente la empresa podrá negarse a servir dichos productos.

f) La empresa facturará directamente a los clientes y entregará una copia de las facturas al agente comercial.

Quedan excluidas del objeto del presente contrato cualesquiera funciones o actividades de gestión de cobro a realizar por el agente, siendo competencia exclusivamente de la empresa mandante.

UNDÉCIMA. OBJETIVO DE VENTAS. *Las partes contratantes acordarán anualmente un objetivo de ventas para el año siguiente. Fijándose el objetivo de ventas para el presente ejercicio en la cantidad de 35.000.000 de euros.*

DUODÉCIMA. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL. *El agente informará al mandante de cuantos actos de competencia desleal puedan haber en su zona geográfica exclusiva, así como de cualquier infracción respecto a derechos de propiedad industrial o intelectual de la empresa. Además el Principal declara y el Agente reconoce que las marcas, nombres y otros derechos de propiedad industrial de los productos objeto de este contrato, se encuentran debidamente registrados. El Agente se obliga a no registrar ninguna marca, nombre o logotipo igual o similar al del Principal en el Territorio o fuera de él. Asimismo se compromete a notificar al empresario, tan pronto como tenga noticia de ello, de cualquier violación o uso indebido de los derechos de propiedad industrial, con el fin de que este pueda iniciar los procedimientos legales que le corresponden.*

DECIMOTERCERA. DEBER DE INFORMACIÓN. *El agente informará al mandante de cualquier observación o reclamación efectuada por clientes respecto a los productos. Ambas partes darán pronta y correcta respuestas a estas reclamaciones.*

DECIMOCUARTA. PROMOCIÓN. *Las partes convendrán la participación de ferias o exposiciones dentro del territorio señalado, estando los costes de participación del agente en dichas ferias cubierto íntegramente por la empresa.*

VI.2. A la extinción del contrato.

Extinción del contrato	Extinción del contrato por tiempo determinado.
	Extinción del contrato por tiempo indefinido: el preaviso.
	Extinción del contrato por causa de muerte.

VI.2.1. Extinción del contrato.

En este punto tenemos que diferenciar si se trata de un contrato de agencia establecido por una duración limitada o indefinida.

La extinción de un contrato de agencia se puede producir por varios motivos, tales como: el transcurso del tiempo para los contratos de duración determinada; por voluntad de los mismos contratantes debido a la denuncia unilateral por parte de cualquiera de los contratantes siempre y cuando la parte no denunciante haya incumplido sus obligaciones de forma total o parcial; insolvencia patrimonial de los contratantes; por fallecimiento (por lo que también debemos contemplar la extinción del contrato por causa de muerte) o disolución si se trata de una persona jurídica; y por último, por invalidez o enfermedad total e irreversible del agente.

a) Extinción del contrato por tiempo determinado.

La duración del contrato va a depender de lo que pacten libremente las partes a tal efecto, así un contrato de agencia convenido por un tiempo limitado o determinado¹⁵ se extinguirá una vez transcurrido el tiempo establecido, pero la Directiva 86/653/CEE impone una condición, que se traduce en que **si los contratos de agencia estipulados por tiempo determinado una vez transcurrido dicho plazo se siguen ejecutando, estos se transformarán en contratos de duración indefinida.**

En relación con este tema existe una problemática, y se plantea con respecto a contratos que inicialmente se pactaron por tiempo determinado, pero en los que además se pactaron prórrogas automáticas por varios

¹⁵ Artículos 14 de la Directiva 86/653/CEE y 24.2 de la Ley 12/1992.

periodos iguales, a no ser que medie la denuncia unilateral de cualquiera de las partes, no dejando del todo claro la doctrina si en tales casos, el contrato establecido por tiempo determinado se convertiría en ilimitado o simplemente se prorrogaría por plazos idénticos de tiempo. El TS con respecto a este tema parece inclinarse por la opción de admitir las continuas prórrogas.

b) Extinción del contrato por tiempo indefinido: el preaviso.

Cuando el contrato se celebre por duración ilimitada, ambas partes podrán poner fin al mismo de forma unilateral mediando el respectivo preaviso por escrito. De esta forma, **el preaviso es condición imprescindible para poner fin al contrato de duración indefinida, pero esto no quita para que cualquiera de las partes pueda poner fin al contrato sin necesidad de preaviso, cuando una de las partes hubiera incumplido, de forma total o parcial las obligaciones establecidas legal o contractualmente o cuando concurren circunstancias excepcionales.**

El plazo de preaviso según el art. 25 de la Ley 12/1992 será de un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses, y en el caso en el que el contrato de agencia hubiera estado vigente por un plazo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes. Si se llegase a omitir el preaviso esto se consideraría como un incumplimiento contractual. Estos plazos no significan que no puedan haber otros, ya que las partes podrán pactar mayores plazos de preaviso, sin que el plazo de preaviso para el agente pueda ser de ninguna manera inferior al plazo de preaviso del empresario. Como regla general el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes. Para determinar el plazo de preaviso de los contratos por tiempo determinado que devinieran en contratos de duración indefinida por ministerio de la ley, se tendrá en cuenta la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado más el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación de contrato por tiempo determinado a contrato por tiempo indefinido.

Como hemos visto anteriormente cualquiera de las partes de un contrato de agencia tanto si es por tiempo determinado, como si es por tiempo

indefinido podrá poner fin al contrato en los casos en que la otra parte hubiera incumplido total o parcialmente las obligaciones establecidas legal o contractualmente, o cuando la otra parte hubiera sido declarada en concurso de acreedores, suspensión de pagos, hubiera presentado el concurso voluntario o concurriera cualquier otro tipo de insolvencia patrimonial.

c) Extinción del contrato por causa de muerte.

Según lo establecido en el art. 27 de la Ley 12/1992 "El contrato de agencia se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del agente. No se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del empresario, aunque puedan denunciarlo sus sucesores en la empresa con el preaviso que proceda"

VI.2.2. Indemnizaciones: justificación, naturaleza y tipos.

El contrato de agencia comercial internacional genera el derecho a un compensación o indemnización a favor del agente por el mero hecho de la terminación de dicho contrato, se trata de uno de los derechos más característicos del contrato de agencia y se reconoce incluso si la terminación se produce por el fallecimiento del agente.

Está indemnización no procede si el principal ha rescindido anticipadamente el contrato por causa justificada, como puede ser el incumplimiento de contrato por parte del agente comercial.

La justificación del derecho a percibir dicha indemnización la podemos hallar en el perjuicio económico que supone para el agente la extinción anticipada del contrato, así para autores como BALDI¹⁶, esta compensación tiene carácter resarcitorio debido a las provisiones perdidas (clientela que el agente aporta al empresario) en la zona geográfica por el trabajada, quien debido a la ruptura del vínculo contractual viene a perderlas, lo que significa, que si no existiese esta compensación se traduciría en un enriquecimiento injusto a favor del patrimonio del empresario y en perjuicio

¹⁶ Baldi, R. (1988). *El Derecho de la distribución comercial en la Europa comunitaria*. Madrid: Revista de Derecho Privado, p. 35.

del agente. Por tanto para este autor la indemnización tiene una doble justificación, por una parte, tendría carácter de resarcimiento por el perjuicio sufrido por el agente tras la terminación del contrato, y por otra parte, de compensación por la utilidad o ganancias aportadas al empresario, ya que gracias a la clientela aportada por el agente se produce el incremento patrimonial del empresario principal.

Por tanto, hay un activo común que es la clientela, de forma que en busca de la manera más equitativa posible para la liquidación de ese patrimonio común, que vienen a constituir los clientes, el legislador a permitido en la Directiva 86/653/CEE unos mecanismos de protección del agente por los perjuicios que la ruptura del vínculo contractual hayan podido ocasionarle, articulando un doble sistema al permitir que cada Estado miembro en su legislación interna opte por la "indemnización por clientela" o por la "indemnización de daños y perjuicios"¹⁷.

Tenemos que tener en cuenta que la ley 12/1992 impone un máximo en cuanto a la cuantía de la indemnización, así *"la indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior»*¹⁸, dicho importe máximo también lo impone la Directiva 86/653/CEE en su art. 17 que dice *"El importe de la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años, y si el contrato remontare a menos de cinco años, se calculará la indemnización a partir de la media del período"*. Tenemos que tener en cuenta que las Directivas se han de trasponer, por lo que debemos considerar que en función de la legislación de agencia que se aplique al contrato, el máximo de dicha cuantía puede variar o incluso incrementar.

¹⁷ Según el art. 17 de la Directiva 86/653/CEE "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias que garanticen al agente comercial, tras la terminación del contrato, una indemnización con arreglo al apartado 2 o la reparación del perjuicio con arreglo al apartado 3".

¹⁸ Art. 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, núm. 129, de 29/05/1992.

Dicho todo lo anterior en el contrato de agencia comercial internacional se contemplan los siguientes tipos de indemnización:

a) La indemnización por clientela.

Según lo establecido en el apartado 2 del art. 17 de la Directiva 86/653/CEE "El agente comercial tendrá derecho a una indemnización en el supuesto y en la medida que:

- hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario; y
- el pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes...".

Esta indemnización ha sido considerada por gran parte de la doctrina como reflejo de la teoría del enriquecimiento injusto por parte del empresario, ya que este se beneficiaría de los esfuerzos y de la clientela encontrada por el agente, lo que supondría el respectivo empobrecimiento para el agente; mientras que otros autores la tienen en cuenta, pero desde otro punto de vista, pues para estos no se trata más que de una indemnización por los perjuicios sufridos por el agente tras la terminación del contrato, debidos a la pérdida de comisiones que, de haber continuado aquél, habría obtenido; aunque también un amplio sector de la doctrina lo considera como una retribución adicional por una actividad ya realizada, pero no retribuida en su totalidad durante la vigencia del contrato, consistente en la creación o en la consolidación de una clientela.

Del art. 17 de la Directiva 86/653/CEE antes mencionado y de su correlativo art. 28 de la Ley 12/1992 podemos deducir los presupuestos necesarios para que el agente tenga derecho a una indemnización por clientela, la cual no admite pacto en contrario:

1. Que se haya producido la terminación del contrato, siendo irrelevante que sea un contrato por tiempo determinado o indefinido.
2. Que el agente hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes preexistentes.
3. Que la actividad del agente pueda seguir reportando ventajas sustanciales al empresario.
4. Que el pago de la indemnización fuere equitativo habida cuenta de todas las circunstancias, este requisito se configura como un elemento de equilibrio, que puede operar tanto en favor como en contra, ya que, si aún cumpliéndose los tres presupuestos anteriormente citados, la indemnización no resulta justa, esta no procedería. En este caso la carga de la prueba corresponderá al empresario, pues será éste el que deba demostrar que a pesar de cumplirse los tres primeros requisitos, la indemnización no es justa.

Según la Directiva 86/653/CEE una indemnización será equitativa cuando se cumplan dos presupuestos, siempre que ya se hayan cumplido los tres primeros requisitos ya citados:

- a) Que exista una pérdida de comisiones por parte del agente.
- b) Que se haya establecido en el contrato un pacto de limitación de competencia que restrinja la actividad del agente una vez terminado el contrato.

La Directiva 86/653/CEE impone unos límites máximos a la indemnización por clientela debiendo negociar las partes el importe de la misma, o en su defecto el juez o arbitro decidir dicho importe. Dicho límite máximo, que además se encuentra recogido en la Ley 12/1992, es el de no poder exceder de una cifra equivalente al importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente, por comisiones y cualquier otro concepto, durante los últimos cinco años, y en el caso de que el contrato fuera inferior a cinco años, se calcularía en base a la media del período. En resumen, ambas normas lo que pretenden es establecer unos límites

máximos indemnizatorios, pero no señalan unas reglas de cuantificación, cosa que hace complicado su cálculo en caso de que no haya acuerdo entre las partes.

Para verlo de una forma más práctica vamos a recurrir a la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), de 4 de abril del 2000*, donde claramente podemos comprobar la importancia que presenta el cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la indemnización por clientela establecidos en el art. 17.2 de la Directiva 86/653/CEE, pues en la presente sentencia podemos apreciar como la agente al no poder demostrar ninguno de estos requisitos ("...hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario..."), le es desestimado el recurso de apelación contra la sentencia dictada el 3 de diciembre de 1.997 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 54 de los de Madrid, no siendo suficiente para los efectos indemnizatorios que ésta pretendía¹⁹.

b) La indemnización de daños y perjuicios.

Esta indemnización **no es una alternativa a la indemnización por clientela, sino que ambas pueden concurrir si así procede**. Esta compatibilidad la deja clara la Ley 12/1992 en su art. 29, cosa que no ocurre en la Directiva 86/653/CEE en su art. 17.3, por ello ahora compararemos ambos preceptos:

a) Art. 17.3 de la Directiva 86/653/CEE: "El agente comercial tendrá derecho a la reparación del perjuicio que le ocasione la terminación de sus relaciones con el empresario.

Dicho perjuicio resulta, en particular, de la terminación en unas condiciones:

- que priven al agente comercial de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato a la vez que le

¹⁹ España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª) [versión electrónica - base de datos Aranzadi]. Sentencia de 4 de abril del 2000 [consultado el 23 de octubre de 2016].

hubiese facilitado al empresario unos beneficios sustanciales debidos a la actividad del agente comercial;

- y/o que no hayan permitido al agente comercial amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario ".

b) Art. 29 de la Ley 12/1992: "*Sin perjuicio de la indemnización por clientela*, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato".

A continuación pasaremos a ver los casos en los que no existen o se pierde el derecho a estas dos indemnizaciones, estos supuestos los vamos a encontrar en los artículos 18 de la Directiva 86/653/CEE y 30 de la Ley 12/1992. Así, según rezan estos artículos son tres los supuestos en los que, a pesar de concurrir los requisitos para ello, no podrán optar por indemnización alguna, ni por clientela, ni por daños y perjuicios:

"a) Cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente.

b) Cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades.

c) Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia".

También tenemos que tener en cuenta el plazo de prescripción para reclamar estas indemnizaciones, ya que la acción para reclamar ambas

indemnizaciones prescribirá al año a contar desde la terminación del contrato²⁰.

Así podemos ver en la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1296/2007, de 11 de diciembre*²¹ que "La indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 29 LCA comprende los causados al agente, en el caso de extinción anticipada del contrato, cuando esta extinción « no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato". Así siguiendo la jurisprudencia sentada por las Sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2006; de 16 de mayo de 2007, y de 27 de junio de 2007, tenemos que tener en cuenta que para que proceda la indemnización por estos motivos, tienen que cumplirse los requisitos que se exponen a continuación: a) Ha de tratarse de un contrato de agencia de duración determinada; b) Que se denuncia por el empresario unilateralmente, salvo que ello obedezca al incumplimiento por parte del agente de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente; c) Que existan gastos de inversión o adecuación pendientes de amortización por el agente, lo que ha de demostrarse cumplidamente; d) Que los gastos se hayan realizado en virtud de instrucciones del empresario, aunque tales gastos han de entenderse producidos «no solo cuando existan órdenes expresas en ese sentido, sino también si la inversión fue realizada para desarrollar convenientemente el encargo conferido»; y e) Que la extinción anticipada no permita la amortización.

VI.2.3. Pacto de no competencia.

La limitación o restricción de la competencia está reconocida tanto por la Directiva 86/653/CEE como por la Ley 12/1992²², en la primera se hace referencia a esta limitación como "cláusula de no competencia", mientras que en la segunda se denomina "pacto de limitación de la competencia". La

²⁰ Artículos 17.5 de la Directiva 86/653/CEE y 31 de la Ley 19/1992.

²¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [versión electrónica - base de datos Aranzadi]. Sentencia núm. 1296/2007, de 11 de diciembre [consultado el 23 de octubre de 2016].

²² Artículos 20 de la Directiva 86/653/CEE y 20 y 21 de la LEY 12/1992.

validez de esta limitación a la competencia queda sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. El pacto de limitación de la competencia **deberá formalizarse por escrito.**
2. Que vaya **dirigido al sector geográfico o al grupo de personas encargados a ese agente, así como al tipo de productos o mercancías cuya representación estuviere a su cargo** en virtud del contrato.
3. Y por último, que se establezca para un **período máximo de dos años** después de la finalización del contrato, si se diera el caso de que el contrato de agencia se hubiere pactado por un tiempo inferior, el pacto de limitación de la competencia no podría tener una duración superior a un año.

En este apartado aprovecharé para incluir otro tipo de indemnización, se trata de la **indemnización por prohibición de competencia**, como ya hemos visto, entre las estipulaciones del contrato de agencia, las partes podrán incluir una limitación de las actividades profesionales del agente una vez terminado el contrato, a cambio de la oportuna indemnización a favor del agente.

Siguiendo con el **ejemplo**, aquí podemos terminar de introducir el siguiente clausulado:

DECIMOQUINTA. DURACIÓN DEL CONTRATO. *El plazo de duración del presente contrato se conviene por el período de tiempo de cinco años a contar desde la fecha del presente contrato, renovándose de forma automática por periodos iguales de tiempo, a no ser que cualquiera de las partes, con la suficiente antelación, de mínimo dos meses antes de la finalización del contrato, exprese por escrito lo contrario.*

DECIMOSÉPTIMA. PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA. *Una vez se haya extinguido el contrato, el agente se comprometerá a no desempeñar la actividad de promoción concertada en el presente contrato para otras personas o entidades que comercialicen productos que supongan competencia directa o indirecta para la empresa mandante, durante el plazo*

de dos años una vez terminado el contrato. En caso de que el contrato se extinguiera con anterioridad al plazo de dos años, la limitación establecida tendrá la misma duración que el período de vigencia del contrato.

DECIMOCTAVA. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. *El contrato se podrá extinguir por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes, siempre que medie el respectivo preaviso escrito de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. En el caso de que el contrato hubiera estado vigente por un período inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes.*

Sin embargo y de conformidad con las normas generales de contratación, el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones contraídas legal o contractualmente, facultará a la otra parte para resolver el contrato de forma automática y de pleno derecho y sin necesidad de que transcurra el correspondiente preaviso, bastando con la notificación fehaciente de esta resolución a la parte incumplidora indicando la voluntad y la causa de la extinción.

DECIMONOVENA. INDEMNIZACIONES. *A la extinción del presente contrato, el agente tendrá derecho a percibir una indemnización por creación de clientela.*

Esta indemnización por creación de clientela en favor del agente procederá, a la extinción del contrato, tanto por la captación de nuevos clientes por parte del agente, como por el incremento de operaciones por el agente respecto de los clientes captados anteriormente por el principal.

Dicha indemnización procederá también en el caso de muerte o declaración de fallecimiento del agente comercial, en cuyo caso los beneficiarios de la indemnización serán los herederos del agente.

La cuantía de la indemnización por creación de clientela ascenderá al importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante todo el período de duración del contrato.

Además a la finalización del presente contrato, el agente tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, sólo en el caso de rescisión anticipada del contrato de agencia por parte del empresario principal. Asimismo, el mandante no satisfará al agente esta indemnización si la rescisión del contrato por parte del este se debe a incumplimiento contractual o legal del agente.

La cuantía de la indemnización por daños y perjuicios, cuando proceda, ascenderá al mismo importe que la indemnización por creación de clientela.

El agente no tendrá derecho a percibir ninguna indemnización a la extinción del contrato en los siguientes casos:

- a) Incumplimiento por parte del agente de sus obligaciones legales o contractuales,*
- b) cesión de los derechos y obligaciones del contrato de agencia por parte del agente a un tercero y;*
- c) por la renuncia voluntaria y anticipada del agente a continuar ejerciendo como agente, siempre y cuando dicha renuncia no se funde en la edad, invalidez o enfermedad del agente.*

VII. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

En relación con los litigios que puedan surgir en el marco de contratos de agencia comercial internacionales serán resueltos por lo general por vía judicial, por lo que es importante determinar cuáles serán los tribunales competentes para resolver dichos litigios así como la ley aplicable.

VII.1. Resolución judicial de controversias.

El problema de la competencia judicial internacional se va a resolver principalmente con las reglas contenidas en el Reglamento 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 (Bruselas I Bis), aplicable a todos los Estados miembros, con excepción de Islandia, Noruega y Suiza para los que será aplicable el Convenio relativo a la competencia judicial, el

reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 (Lugano II).

Como veremos más adelante, la competencia judicial internacional será determinada de forma subsidiaria en el Derecho español por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Para que concurren los foros de competencia previstos en Bruselas I Bis, tienen que darse unos parámetros de aplicabilidad como son: el ámbito de aplicación espacial, temporal, material y personal²³.

Una vez esté claro que resultan aplicables las reglas de competencia judicial del Reglamento Bruselas I Bis para resolver los litigios derivados del contrato de agencia, es necesario establecer los foros de competencia que resultan aplicables, estos son, el foro de la sumisión tácita (art. 26), el foro de sumisión expresa (art. 25), el foro del domicilio del demandado (art. 4) y por último el foro especial por razón de la materia (art. 7).

El Reglamento establece un sistema jerárquico de foros, es decir, algunos foros prevalecen frente a otros. Podemos decir que los foro se organizan de la siguiente forma²⁴:

1º. Foros exclusivos de competencia.

2º. Sumisión expresa y Sumisión tácita.

3º. Foro de domicilio del demandado y foros especiales por razón de la materia (estos últimos operan de forma alternativa).

1. Sumisión expresa y Sumisión tácita (arts. 25 y 26 Bruselas I Bis)

En cuanto a **la sumisión expresa** se encuentra recogida en el art. 25. En la práctica es muy común que las partes contratantes lleguen a un acuerdo sobre cuál será el tribunal competente en caso de que surja algún litigio, dicho tribunal será competente salvo que el acuerdo sea nulo de pleno

²³ Vid. Calvo A.L. & Carrascosa J. (2016). *Derecho Internacional Privado, Volumen I, decimosexta edición*. Granada: Comares pp.203-225.

²⁴ Vid. Calvo A.L. & Carrascosa J. (2016). *Derecho Internacional Privado, Volumen I, decimosexta edición*. Granada: Comares pp.226-227.

derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. El citado acuerdo de sumisión expresa no podrá verse alterado con posterioridad por la concurrencia de otros foros. Este artículo se aplica siempre que los tribunales elegidos sean los de un Estado miembro **con independencia del domicilio de las partes**, aunque el citado Reglamento no prohíbe la sumisión a los tribunales de terceros Estados.

Las condiciones de eficacia de estas cláusulas van a ser, la existencia de un acuerdo y la expresión de ese acuerdo en una forma determinada²⁵. Por lo que podemos concluir afirmando que se puede incluir una cláusula de sumisión expresa en favor de tribunales diferentes a los del domicilio del agente sin ningún problema.

Por otra parte tenemos **la sumisión tácita**, regulada en el art. 26. Esta se produce cuando el demandante presenta la demanda ante un tribunal y el demandado comparece y dicha comparecencia no tiene como fin la impugnación de la competencia judicial internacional de dicho tribunal. Por tanto esta no se aplicará cuando el objeto de la comparecencia sea la impugnación de dicha competencia o si existiera otra jurisdicción exclusivamente competente conforme al art.24.

2. Foro general de competencia: el domicilio del demandado (art. 4 Bruselas I Bis)

Este foro queda recogido en el art. 4 de Bruselas I Bis, y según este son competentes los tribunales del Estado miembro en el que esté domiciliado el demandado. Se dice que es un foro general porque opera con

²⁵ Art. 25 Bruselas I Bis: 1. *Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:*

a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o
b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas; o
c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

2. *Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.*

independencia de factores como la materia objeto del litigio y el tipo de proceso del que se trate (proceso declarativo, proceso ejecutivo o juicio monitorio). Además se dice que es un foro débil porque dicho foro no opera si el litigio es objeto de foros de competencia exclusiva, o existe sumisión de las partes a tribunales de otros Estados.

Para determinar que una persona física está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conozcan del asunto, el órgano jurisdiccional aplicará su ley interna (art. 62 Bruselas I Bis). En el caso de que una dicha **persona física** sea demandada ante órganos jurisdiccionales españoles, será el tribunal español el que tenga que comprobar conforme a las leyes españolas, si dicha persona tiene su domicilio en España. Para esto acudiremos al art. 40 CC que identifica el domicilio con la residencia habitual, es decir, que aquella persona que resida habitualmente en España tiene su domicilio en España. El TS ha indicado en este sentido que **existe residencia habitual cuando se aprecia "presencia física" del sujeto en dicho lugar y cuando hay "intención de permanecer" es dicho lugar**. De esto extraemos que si un sujeto no tiene su residencia habitual en España, es decir, que no tiene su domicilio en dicho Estado, este no podrá ser demandado ante tribunales españoles según el art.4 de Bruselas I Bis.

Por otro lado, para determinar el **domicilio de las personas jurídicas** vamos a acudir al art. 63 de Bruselas I Bis, según el cual **se considera que una persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: su sede tributaria; su administración central, o su centro de actividad principal**.

3. Foro especial por razón de la materia (art. 7 Bruselas I Bis)

A estos foros especiales también se les conoce como **foros de ataque**, pues posibilitan que el demandante pueda interponer una demanda ante tribunales de un Estado miembro diferente al Estado de domicilio del demandado, es decir, son foros alternativos al foro del domicilio del demandado. Estos se encuentran recogidos en los arts. 7 a 23 de Bruselas I Bis, pero nosotros nos vamos a centrar en el art. 7. Según dicho artículo:

Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro:

a) en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda;

b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

— cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías,

— cuando se trate de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios;

c) cuando la letra b) no sea aplicable, se aplicará la letra a).

Como podemos ver el tribunal competente se va a determinar según la calificación que se le otorgó al contrato internacional, ya que si es calificado como un contrato de compraventa de mercaderías, serán competentes los tribunales del Estado miembro donde deban ser entregadas dichas mercaderías, mientras que si hablamos de un contrato de prestación de servicios serán competentes los tribunales del Estado miembro de donde deban ser prestados los servicios. Cuando no puedan calificarse de ninguna de las dos formas anteriores, serán competentes los órganos jurisdiccionales del lugar en el que haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda. Del art.7.1.b) sacamos que el contrato de agencia se va tratar de una prestación de servicios, por tanto serán competentes, siempre y cuando no haya elección por las partes ni se acuda al foro del domicilio del demandado, los órganos jurisdiccionales del Estado en el que agente preste sus servicios principalmente.

El TJUE justifica la existencia de estos foros especiales por razón de la materia en el principio de "buena administración de la Justicia", tal principio

mantiene que es más aconsejable que exista un foro de competencia judicial internacional a favor de los jueces más próximos al litigio, es decir entre el litigio que pueda surgir en sí y el tribunal, y no entre el demandado y el tribunal²⁶.

Si los servicios se prestaran en más de un Estado, según el TJUE hay que acudir al clausulado del contrato para determinar en qué lugar desarrolla su actividad principal, en caso de que esto no fuera posible y de forma subsidiaria pues tendríamos que acudir al lugar donde el agente desarrolle su actividad de manera predominante.

Como había dicho antes ahora nos adentraremos en un estudio más detallado de la LOPJ como instrumento para determinar la competencia judicial internacional. Por lo que a la LOPJ se refiere tenemos que tener en cuenta que ha sufrido una reciente reforma en 2015.

En el ámbito civil y mercantil, las normas de competencia judicial internacional determinarán qué litigios internacionales, de naturaleza jurídico-privada, pueden ser resueltos por los tribunales españoles y cuáles no. Así a continuación veremos los casos en los que hay que acudir a la LOPJ.

En el Derecho español, la competencia judicial internacional está regulada por una pluralidad de convenios internacionales, multilaterales o bilaterales, reglamentos europeos y normas internas (Bruselas I Bis, Lugano II y LOPJ), las últimas, **las normas internas serán de aplicación en defecto de un texto supranacional o cuando éste se remita a aquellas, la norma interna en este caso será la LOPJ**, que como hemos visto ha sido reformada.

Para determinar la competencia judicial internacional tenemos que acudir al art. 21 que queda redactado como sigue "*1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios*

²⁶ Vid. Calvo A.L. & Carrascosa J. (2016). *Derecho Internacional Privado, Volumen I, decimosexta edición*. Granada: Comares pp.288-290.

internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.

2. *No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución de conformidad con las normas del Derecho Internacional Público "*, y al art. 22 LOPJ, que después de la reforma se ha descompuesto en nueve subartículos (bis, ter, quater, quinquies, sexies, septies, octies y nonies). El legislador conserva la distribución entre: (i) los foros exclusivos (art.22), (ii) los foros generales, donde incluye la sumisión expresa y la tácita (art.22 bis) y el domicilio del demandado (art.22 ter); los foros especiales por razón de la materia, donde va a distinguir el ámbito familiar (art.22 quater), del patrimonial (art.22 quinquies); (iv) y, por último, incluye reglas sobre la competencia judicial internacional para la adopción de medidas cautelares o provisionales (art. 22 sexies), una remisión a ley concursal (art. 22 septies), una regla sobre el control de la competencia, donde esconde un foro de necesidad (art.22 octies) y una norma de litispendencia y conexidad (art.22 nonies).

El artículo 22 establece los **foros de competencia judicial internacional exclusiva**. Son foros que crean cierto "monopolio jurisdiccional". Recogen una serie de supuestos en los cuales la competencia judicial internacional de los tribunales españoles es exclusiva y excluyente: por lo tanto, ni podrá derogarse por voluntad de las partes, ni se reconocerá en España una sentencia extranjera que resuelva sobre un litigio para el cual, conforme a ese artículo 22, hubiesen sido exclusivamente competentes los tribunales españoles. Este artículo contiene cinco supuestos de exclusividad jurisdiccional: (a) derechos reales y contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles en España, (b) validez, nulidad o disolución de sociedades españolas o respecto de las decisiones de sus órganos, (c) inscripciones en un registro español, (d) derechos de propiedad industrial registrados en España o (d) reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en España.

La novedad en relación a este artículo, al margen de la referencia a los acuerdos de mediación en el apartado e), es la inclusión de un foro exclusivo “alternativo” para los **arrendamientos de temporada** en el apartado (a). De acuerdo con el nuevo tenor de este apartado son exclusivamente competentes los tribunales españoles en materia de:

“Derechos reales y arrendamientos de bienes inmuebles que se hallen en España. No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales españoles si el demandado estuviere domiciliado en España, siempre que el arrendatario sea una persona física y que éste y el propietario estén domiciliados en el mismo Estado”.

Sin embargo las reglas de este art. 22 no poseen una aplicación directa como normas de competencia judicial internacional, pues este precepto coincide con lo establecido en el Reglamento Bruselas I bis (excepción del art.24), y como este tiene efecto directo y prevalece sobre nuestra normativa interna, la competencia judicial internacional vendrá determinada por el Reglamento Bruselas I bis y no por la LOPJ.

En el art. 22 bis LOPJ vamos a encontrar **la sumisión expresa o tácita a los tribunales españoles**. La competencia judicial internacional de éstos puede venir determinada por el hecho de que las partes hayan aceptado, bien de forma expresa o bien de forma tácita, dicha competencia. El precepto incluye también reglas sobre la forma del acuerdo de sumisión y una referencia a los límites al juego de la autonomía de la voluntad en este ámbito. Sin embargo, la modificación más destacada no se encuentra en el artículo 22 bis, sino en el artículo 22 ter, donde, al hilo del foro general del domicilio del demandado, se reconoce expresamente el efecto derogatorio de las cláusulas de elección de foro.

El artículo 22 bis consagra el juego de la autonomía de la voluntad en este sector:

“En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos”.

cabe mencionar que al igual que ocurre con la norma anterior, ésta también tiene una aplicación marginal como regla de competencia judicial internacional, pues también esto lo recoge el Reglamento de Bruselas I bis en sus arts. 25 y 26. Por tanto los arts. 22 y 22 bis no serán aplicados casi nunca como fundamento de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

Por lo que se refiere al foro general, el art. 22 ter mantiene el **domicilio del demandado** en España como foro general. El nuevo precepto incluye una definición del domicilio para las personas físicas que dice que *se entenderá que tienen su domicilio en España cuando tengan aquí su residencia habitual*, y para las personas jurídicas se entenderá que tienen su domicilio en España cuando radique aquí su sede social. La modificación más llamativa en este precepto es la introducción de un foro especial para los supuestos de pluralidad de demandados, es decir, si uno de ellos tiene su domicilio en España, se podrá demandar a todos aquí: "siempre que se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo por razón del título o causa de pedir que aconsejen su acumulación"

Los artículos 22 quater y 22 quienquies establecen los **foros especiales por razón de la materia**; el primero en el ámbito personal y familiar; el segundo, en el ámbito patrimonial. Este último es quizás el que mayor relevancia práctica vaya a tener de todos los comentados hasta ahora, pues el Reglamento Bruselas I bis se remite a las normas nacionales cuando el demandado está domiciliado en un tercer Estado. Así, por ejemplo, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles frente a demandados con domicilio en terceros Estados viene determinada por el artículo 22 quinquies LOPJ, no por los reglamentos europeos. La modificación más importante se encuentra en el artículo 22 quinquies,

apartado a). Frente a demandados con domicilio en terceros Estados, los tribunales españoles serán competentes:

*“a) en materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya **cumplido o deba cumplirse en España**”.*

Este precepto introduce dos modificaciones en relación a su versión anterior, por un lado, excluye el lugar de celebración del contrato en España como criterio de atribución de competencia a nuestros tribunales. Y, por otro, precisa que el lugar de cumplimiento en España se debe predicar no de cualquier obligación que derive del contrato, sino de la obligación “objeto de la demanda”.

Por último, La modificación del artículo 22 sexies recoge la interpretación dominante en la doctrina según la cual los tribunales españoles serán competentes para adoptar medidas cautelares o provisionales no sólo cuando éstas deban cumplirse en España, sino también cuando, aunque deban cumplirse fuera, tengan competencia sobre el fondo del litigio.

Los artículos 22 septies, octies y nonies son normas de remisión, explícitas o implícitas, a otras leyes. Hay, sin embargo, dos extremos importantes, que el legislador ha “escondido” en el artículo 22 octies 3). II.

Por un lado, se establece por primera vez en nuestro Derecho interno un **foro de necesidad**: aunque los tribunales españoles no tuviesen competencia judicial internacional conforme a las reglas señaladas anteriormente, deberán aceptar su competencia, es decir, no podrán abstenerse o declinar su competencia

“cuando el supuesto litigioso presentase vinculación con España y los tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia”.

Por otro lado, los tribunales tampoco podrán declinar su competencia

“cuando se trate del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados por los tribunales extranjeros”.

Ejemplo: Una empresa holandesa denominada DAFVEHICULOS INDUSTRIALES S.A.U. y una empresa española llamada CAMIMALAGA S.A.U. incluyen una cláusula híbrida en el contrato que han celebrado sometiéndose en caso de litigio bien a arbitraje o bien a los tribunales holandeses. Pero La empresa española demanda a la empresa holandesa ante los tribunales de Madrid. Los tribunales españoles declaran su falta de competencia en virtud de dicha cláusula, incluso cuando el actor fundamentó su demanda en una infracción de las normas de defensa de la competencia, debiendo por tanto someterse a arbitraje o los tribunales de justicia holandeses de s'-Hertogenbosch²⁷.

Como hemos dicho anteriormente, los litigios que surjan en el marco de contratos de agencia comercial internacionales serán resueltos en su mayoría por vía judicial, pero también se pueden resolver mediante **arbitraje**. Deben diferenciarse tres casos que son, el arbitraje internacional de equidad; el arbitraje internacional de Derecho regulado por el Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 y el arbitraje de Derecho regulado por la Ley de Arbitraje²⁸.

El arbitraje es la vía alternativa a los tribunales a la hora de resolver cualquier conflicto que pueda surgir, establecida por Cortes de Arbitraje que dependen de diversos organismos públicos o privados, o por árbitros individuales elegidos por las partes, que finaliza con una resolución llamada laudo. El laudo va a tener el mismo valor jurídico y fuerza ejecutiva que una sentencia dictada por un tribunal de justicia. Por tanto es importante preguntarse cuál de estas dos vías escogeremos a la hora de redactar y firmar un contrato de agencia comercial internacional.

²⁷ AAP M 1988/2013, de 18 de octubre de 2013. Auto nº 147/2013.

²⁸ Vid. Calvo A.L. & Carrascosa J. (2017). *Derecho Internacional Privado, Volumen II, decimoséptima edición*. Granada: Comares pp.1061-1063.

A la hora de elegir entre una de estas vías para resolver las controversias surgidas tenemos que tener en cuenta una serie de criterios²⁹:

1. El tiempo hasta que se dicta la sentencia o el laudo. Por lo general el sistema judicial es más lento que el arbitraje debido al retraso de los juzgados o por la posibilidad que hay en esta vía de poder recurrir las sentencias.

Mientras que por otro lado, el laudo arbitral ha de ser dictado en un plazo de seis meses (salvo que se acuerde un plazo superior), lo que la hace una vía más ágil. Además, a diferencia de la vía judicial, en este caso no cabe la posibilidad de interponer recursos, salvo el recurso de revisión, el cual solo se puede interponer en casos particulares.

2. El tiempo desde que se dicta hasta que se ejecuta la sentencia o el laudo. La ejecución en España o en cualquiera del resto de los Estados Miembros de la UE será prácticamente inmediata, si se trata de una sentencia que emana de un juez comunitario, en cambio, si esta procede o pretende hacerse cumplir en un tercer Estado no miembro de la UE el proceso será más lento. En cuanto al arbitraje, tendremos que acudir al Convenio de Nueva York de 1958 que regula el reconocimiento de los laudos arbitrales para determinar: a) si el laudo dictado en el extranjero puede ser dictado en España, o el dictado en nuestro país puede ser ejecutado en el extranjero y, b) el procedimiento establecido en el derecho interno de dicho país de ejecución.

3. El coste. Tanto el recurso a la vía judicial como al arbitraje tiene un coste: En el sistema judicial español, un procedimiento conlleva unas costas, que incluyen el abogado, el procurador y los peritos (si estos últimos fueran necesarios). Mientras que el arbitraje las costas incluyen los honorarios del árbitro o árbitros, los peritos (si estos fueran necesarios) y el abogado (no existe la figura de procurador). La ventaja del arbitraje reside

²⁹ ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2009). *Cómo evitar riesgos jurídicos en el comercio internacional: la contratación internacional*: VLEX. pp.31-32.

en el hecho de que no cabe recurso contra el laudo, y que por lo tanto las costas se limitarán a una única instancia.

4. La especialización. En principio, los árbitros designados para resolver una cuestión de comercio exterior son expertos en la materia, cosa que no ocurre con los jueces.

5. La confidencialidad. Una ventaja del arbitraje frente a los tribunales de justicia es la confidencialidad del procedimiento, pues los laudos arbitrales no tienen que publicarse, como es en el caso de las resoluciones judiciales pues en el procedimiento judicial preside el principio de publicidad de las resoluciones judiciales.

VII.2. Determinación de la ley aplicable.

Como hemos dicho anteriormente los contratos de agencia comercial internacionales (sean intracomunitarios o extracomunitarios), al ser suscritos por partes que se encuentran en distintos Estados va a surgir el problema de la determinación del derecho nacional que corresponde aplicar en caso de conflicto.

Para saber qué ley es la que se debe aplicar vamos a acudir al Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I, RR-I en adelante).

El Reglamento Roma I ha introducido importantes modificaciones 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 de agencia comercial internacional. Así este Reglamento va a tener

un importante impacto tanto en los contratos de agencia intracomunitarios, como en los contratos de agencia extracomunitarios³⁰.

EL Reglamento Roma I usa ciertos **puntos de conexión** para determinar la ley aplicable al contrato y estos son³¹:

- 1º. Ley elegida por las partes (autonomía de la voluntad del art.3 RR-I)
- 2º. En defecto de elección por las partes, o si esta resulta no ser válida, se van a distinguir varias situaciones:
 - a) Si se encuentra dentro de uno de los ocho tipos de contrato que se recogen en el art. 4.1 RR-I, el legislador designará la ley aplicable al mismo.
 - b) Del art. 4.2 RR-I podemos extraer que si el contrato no se encuentra en la lista antes mencionada o cuando sea una combinación de varios de esos contratos, será aplicable la ley del Estado donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.
 - c) Los contratos que no se encuentren en la citada lista de los ocho contratos y además carezcan de prestación característica, se regirán por la Ley del Estado con el que tengan vínculos más estrechos según el art. 4.4 RR-I.
 - d) Del art. 4.3 se desprende la "cláusula de excepción", según dicho artículo, en defecto de elección de ley por las partes y si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4.1 y 4.2 RR-I, será de aplicación la ley de ese otro país.

1. Regla general: La autonomía de la voluntad (art.3).

Según el art. 3.1 RR-I las partes contratantes podrán elegir la ley aplicable al contrato, este es el primer punto de conexión antes citado, es decir la autonomía de la voluntad. Dicha elección **debe resultar clara, bien puede ser de forma expresa o que resulte de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.** Además las

³⁰ Aguilar Grieder, Hilda, "El impacto del Reglamento «ROMA I» en el contrato internacional de agencia " Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 24-46.

³¹ Vid. Calvo A.L. & Carrascosa J. (2017). *Derecho Internacional Privado, Volumen II, decimoséptima edición*. Granada: Comares pp.957-1028.

partes podrán decidir si la ley será aplicable a la totalidad o a sola una parte del contrato. Siguiendo con su apartado 2º, este establece la libertad de las partes para cambiar la ley aplicable o elegirla en cualquier momento.

Según Autores como Calvo A.L. & Carrascosa J. en sus apartados 3º y 4º nos encontraremos con "la cláusula anti-fraude nacional" y "la cláusula anti-fraude europeo" respectivamente.

La amplia autonomía de la voluntad, consagrada por el apartado 1º del art. 3 RR-I unida a la situación de desequilibrio normalmente existente en estos contratos, conlleva a cierta situación de desventaja para el agente, ya que puede esconder una elección de ley unilateral por el empresario, es decir, puede ser utilizada por este último para imponer al agente comercial, cuya posición contractual es 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 86/653/CEE, en un supuesto litigioso que quede incluido dentro de su ámbito de aplicación espacial. No obstante, el propio art. 3 del Reglamento Roma I contiene, en su apartado 4º, un mecanismo para evitar que esta situación se produzca en los contratos de agencia comercial. De esta manera el apartado 4º establece que "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". Este apartado lo que viene a decir es que el Derecho comunitario puede ser aplicable incluso cuando la ley pactada no sea la de un Estado parte en el RR-I.

2. Ley aplicable en defecto de elección (art.4).

En defecto de elección de la ley por las partes del contrato internacional de agencia, o de ser la misma inválida con arreglo a lo dispuesto en el art. 3 RR-I, habrá que estar a lo que dice el art. 4 RR-I para determinar la ley aplicable al contrato internacional de agencia comercial.

En este art. 4 RR-I podemos encontrar los siguientes **puntos de conexión**:

1º. A falta de elección de ley por las partes del contrato, el art. 4.1 RR-I va recoger una lista en la que se distinguen ocho tipos contrato, donde se va a indicar la ley del Estado que rige cada uno de esos contratos (the list system).

2º. Cuando el contrato no pertenezca a ninguno de los tipos de contrato recogidos en la citada lista, o cuando este sea una combinación de varios de esos contratos, el art. 4.2 RR-I dispone que el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica, entendiéndose por prestación característica la prestación no dineraria en la relación contractual.

3º. En el tercer punto de conexión nos vamos a encontrar con la llamada "cláusula de excepción" recogida en el art. 4.3 RR-I. Este apartado viene a decir que si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 y 2 del art. 4 RR-I, pues dicho contrato se regirá por la ley de ese otro país.

4º. Por último el art. 4.4 RR-I tiene en cuenta la situación en la que el contrato no esté incluido en la lista del art. 4.1 RR-I y además carezca de prestación característica (art. 4.2 RR-I). En este caso se regirán por la ley del país con el que tengan vínculos más estrechos.

Dicho todo esto, procederemos a un estudio más detallado del art. 4 RR-I y a relacionarlo con el contrato que estamos estudiando:

1. En el art. 4.1 RR-I encontraremos esa lista de ocho contratos y su correspondiente ley aplicable:

- "a) El contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual.
- b) El contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador de servicios tenga su residencia habitual.
- c) El contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble.
- d) No obstante lo dispuesto en la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país.
- e) El contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual.
- f) El contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual.
- g) El contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse.
- h) Los contratos relativos a instrumentos financieros celebrados en mercados regulados, se regirán por la ley que regule dicho mercado."

Como podemos ver en el art. 4.1 RR-I no se recoge el contrato de agencia comercial internacional, por lo que es preciso determinar si este puede quedar subsumido dentro del supuesto de hecho de cualquiera de las referidas normas de conflictos especiales.

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

De lo anteriormente señalado se puede extraer que en referencia al contrato de agencia comercial internacional no va a entrar en juego la regla subsidiaria del art. 4.2 RR-I, según el cual dicha regla subsidiaria solo

intervendría en el caso en el que el contrato internacional de que se trate no se encuentre recogido en el art. 4.1 RR-I o cuando los elementos del contrato se correspondan a más de una de las letras a) a h) de dicho art. 4.1 RR-I, en estos supuestos el contrato se regiría por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica³² del contrato.

Cabe mencionar brevemente que en el art. 4.3 RR-I podemos encontrar una cláusula de excepción que dice que "si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país". Esta cláusula es muy difícil que entre en juego en relación con los contratos de agencia comercial internacionales, pues solo tendría sentido, en los casos en que coincidiesen en el mismo país el establecimiento profesional del mandante y el mercado afectado, es decir, el lugar en que el agente comercial promueve los productos o servicios del empresario. Debido a que los fabricantes o exportadores recurren a este contrato con el fin de colocar sus productos o servicios en mercados extranjeros, es que decimos que esta circunstancia es muy difícil de que se dé en la práctica.

Finalmente los contratos internacionales que no puedan quedar subsumidos dentro de las normas de conflicto recogidas en el art. 4.1 RR-I y en los que no pueda determinarse la residencia habitual del prestador característico, entraría en juego la segunda regla subsidiaria o cláusula de cierre del sistema, la cual podemos encontrar en el art. 4.4 RR-I, que indica que "el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos"³³. El reglamento en sí no precisa qué vínculos son importantes ni cómo han de ser valorados o qué circunstancias han de tenerse en cuenta para concretar el principio de proximidad, pero en su Preámbulo podemos encontrar una referencia vaga a que para determinar los vínculos más

³² Vid. Calvo A.L. & Carrascosa J. (2017). *Derecho Internacional Privado, Volumen II, decimoséptima edición*. Granada: Comares p.1006.

³³ Vid. Calvo A.L. & Carrascosa J. (2017). *Derecho Internacional Privado, Volumen II, decimoséptima edición*. Granada: Comares pp. 1018-1020

estrechos debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos³⁴.

3. Aplicación de la leyes de policía.

En el art. 9 RR-I vamos a encontrar la definición de leyes de policía, que son "Una disposición imperativa cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de 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 sea, por otra parte la ley aplicable al contrato según el presente reglamento"

En el caso de tratarse de un contrato de agencia comercial internacional intracomunitario en el que el agente comercial tenga su residencia habitual o su establecimiento profesional en territorio de la UE, no habría necesidad de buscar instrumentos para conciliar el Reglamento Roma I con la Directiva 86/653/CEE ya que en tal caso, la ley objetivamente aplicable del contrato sería la ley de un Estado miembro, y todos los Estados miembros de la UE han transpuesto las disposiciones expresa e implícitamente imperativas de la citada Directiva.

Mayor problemática tendrán aquellos contratos de agencia comercial internacional en los cuales el agente comercial tenga su residencia habitual en un tercer Estado, es decir, en un estado no comunitario, ya que en tal caso, la "lex contractus"³⁵, en tanto que procede de un Estado que no ha transpuesto la Directiva 86/653/CEE, puede que no cubra el estándar de protección mínimo por esta fijado y, consiguientemente, los objetivos por la misma perseguidos. 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

³⁴ De Miguel Asensio, P.A. (2011). *Contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea*. Madrid: Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado pp. 23-25.

³⁵ Vid. Calvo A.L. & Carrascosa J. (2017). *Derecho Internacional Privado, Volumen II, decimoséptima edición*. Granada: Comares pp. 1022-1027.

con la Directiva 86/653/CEE. En este sentido cuando la *lex contractus* sea la de un Estado no miembro, el Reglamento Roma I cuenta con un instrumento eficaz para conseguir que se respete la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente comercial cuando esta resulte aplicable, y es a través de la intervención del orden público internacional y, muy especialmente, de las normas materiales internacionalmente imperativas del ordenamiento jurídico del foro las cuales aparecen consagradas en el art. 9.2 RR-I, que dice "Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro". Pues estas normas de aplicación inmediata de los Estados miembros de la UE, deberían constituir una salvaguarda del nivel de protección mínimo del agente comercial conferido por las disposiciones imperativas de la Directiva 86/653/CEE.

Del art. 9.2 RR-I se desprende que la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro, que son obligatorias, no está condicionada a la existencia de una estrecha vinculación entre la situación litigiosa y el Estado del foro. Por otra parte, dichos instrumentos son susceptibles de operar cuando la ley rectora del contrato de agencia comercial internacional haya determinarse, tanto con arreglo el art. 3 (actuando como límite a la autonomía de la voluntad) como en base al art. 4 RR-I (en defecto de elección de ley o que esta no resultara válida). Por lo tanto, en el supuesto de cumplirse las condiciones anteriormente señaladas y de conocer un órgano jurisdiccional español, este habría de aplicar, al menos a priori, las disposiciones imperativas de la Directiva 86/653/CEE en la forma en la que hayan sido transpuestas por la legislación española sobre el contrato de agencia.

Para acabar con el **ejemplo** del modelo del contrato, introduciremos las siguientes cláusulas:

VIGÉSIMA. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. En caso de discrepancia en torno a la validez, ejecución o interpretación del presente contrato serán competentes los juzgados de Madrid (España).

VIGÉSIMOPRIMERA. LEY APLICABLE. Este contrato se regirá por la ley española.



VIII. CONCLUSIONES.

1. Como se ha podido apreciar nos encontramos ante una de las figuras más importantes y usadas en el ámbito internacional por las empresas para su internacionalización, ya que se presenta como el instrumento idóneo para que el empresario pueda introducir y distribuir sus productos o servicios en países extranjeros sin necesidad de establecerse en ellos mediante la figura del agente comercial.

Resulta lógico que debido a esta internacionalización incrementemente el número de litigios y la complejidad a la hora de resolverse los mismos, ya que al estar involucradas partes de distintos Estados, con sus respectivas normas surgirá la problemática de la competencia judicial internacional y la ley que resultará de aplicación.

2. Es evidente que para paliar estas dificultades que suponía el distinto tratamiento del contrato de agencia por las diferentes legislaciones y puesto que incluso en algunos Estados carecía de regulación sustantiva va a entrar en juego la Directiva 86/653/CEE, instrumento con el que la Comunidad Europea pretende armonizar las legislaciones de los Estados miembros. Es cierto que esta Directiva no va a significar una uniformidad absoluta pues va a depender de la transposición que se haga de dicha Directiva. En nuestro Derecho fue la Ley 12/1992 la encargada de incorporar el texto de la Directiva, regulando ex novo el contrato de agencia y otorgándole un régimen jurídico propio. Es destacable mencionar que nuestra ley se considera una de las más protectoras del agente, pues a diferencia de la de otros Estados, en esta se reconocen los dos tipos de indemnización (la indemnización por clientela y la indemnización por daños y perjuicios).

3. Es importante diferenciar esta figura con otros contratos de representación, pues presentan muchas similitudes. Los principales rasgos diferenciadores de este contrato frente a otras figuras (distribución, franquicia y comisión) son la estabilidad en cuanto a duración se refiere, el grado autonomía más elevado y en cuanto al nivel de representación, se puede ver que el agente actúa en nombre y por cuenta del principal, sin asumir el riesgo y ventura de las operaciones, salvo pacto en contra.

4. Para resolver el problema de la competencia judicial internacional habrá que acudir principalmente a las reglas contenidas en el Reglamento Bruselas I Bis o al Convenio Lugano II dependiendo del territorio que entre en juego en la relación contractual. Los foros por los cuales se tendrá que determinar la competencia judicial internacional según Bruselas I Bis son la sumisión tácita del art. 26, expresa del art. 25 y en defecto de estas podemos acudir al lugar donde se encuentre domiciliado el demandado (art.4) o al art. 7.1.b) que establece que serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde hayan sido o deban ser prestados los servicios.

Finalmente a la hora de determinar la ley aplicable tenemos que tener en cuenta que las partes tienen libertad para elegir la ley a la que se someten conforme al art. 3 RR-I, en caso de no haber elección de ley o de no resultar válida acudimos al art. 4 RR-I. En primer lugar al quedar subsumido este contrato dentro de los contratos de prestación de servicios de la lista de tipos contractuales que se recoge en su apartado 1º, entendemos que este contrato se regirá por la ley del país en el cual el agente comercial tenga su residencia habitual. Y cuando la *lex contractus* sea la de un Estado no miembro, podemos ir por la vía del orden público internacional para conseguir que se respete la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente art. 9.2 RR-I (leyes de policía), pues al aplicarse las leyes de policía de un Estado miembro significaría que se están respetando el nivel mínimo de protección de la Directiva 86/653/CEE, pues ha tenido que ser transpuesta por dicho Estado.

IX. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

AGUILAR GRIEDER, H., *El impacto del Reglamento «ROMA I» en el contrato internacional de agencia*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, Nº 1, 2011.

BALDI, R., *El Derecho de la distribución comercial en la Europa comunitaria*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1988.

CABELLO GONZÁLEZ, J.M., *La contratación internacional: guía práctica*, Madrid: ESIC, 2000.

CALVO CARAVACA, A. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen I, decimosexta edición*. Granada: Comares, 2016.

CALVO CARAVACA, A. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Volumen II, decimoséptima edición*, Granada: Comares, 2017.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea*, Madrid: Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado, 2011.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A., *Obligaciones negativas incluidas en la Ley de Propiedad Intelectual*, Revista Jurídica de Navarra, nº 9, 1990.

GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración en el comercio internacional, 2ª Edición*, Barcelona: Bosch, 2004.

ORTEGA GIMÉNEZ, A. & GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.A., *Código básico de contratación internacional*, Madrid: Difusión, 2010.

ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2009). *Cómo evitar riesgos jurídicos en el comercio internacional: la contratación internacional*: VLEX.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Contratación internacional de agentes comerciales*. Madrid: ICEX, 2012.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Contratación internacional práctica. Cómo evitar los "riesgos contractuales en el comercio internacional"*, Madrid: ICEX, 2013.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Guía práctica de contratación internacional, 2ª Edición*, Madrid: ESIC, 2011.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Los contratos de colaboración en el comercio internacional (agencia comercial, distribución comercial y joint venture internacoinal)*, Bogotá: LEYER, 2016.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Modelos de contratos internacionales*, Madrid: Difusión, 2007.

X. ENLACES WEB CONSULTADOS

<http://almacendederecho.org>

<http://www.crear-empresas.com>

<http://www.eumed.net>

<http://www.legaltoday.com>

<http://www.leyesyjurisprudencia.com>

<http://www.plancameral.org>

<https://almacendederecho.org/>

<https://app.vlex.com/>

<https://eur-lex.europa.eu/>

<https://fernandezrozas.com/>

<https://granadaempresas.es>

<https://www.boe.es/>

<https://www.icex.es/>

XI. LEGISLACIÓN CONSULTADA

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 (86/653/CEE). DOCE núm. L 382/17, de 31 de diciembre de 1986.

Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia. BOE núm. 129, de 29/05/1992.

Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DOUE núm. 177, de 4 de julio de 2008.

Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano. DOUE núm. L 339, de 21 de diciembre de 2007; corr. de errores, DOUE núm. L 18, de 21 de enero de 2014. (Lugano II)

Reglamento (UE) Nº 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. DOUE núm. L 351/1, de 20 de diciembre de 2012; modif. por Regl. 542/2014.

Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015.