

Contrato de Agencia y Derecho Comunitario: ¿Nuevas perspectivas procesales?

Elena Rodríguez Pineau

Profesora asociada de Derecho Internacional Privado.
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS
 - II. EL MARCO NORMATIVO DE LA CJI EN MATERIA DE CONTRATO DE AGENCIA–1. *Las reglas comunitarias y autónomas de CJI*–2. *La disposición adicional primera de la LCA*
 - III. DOS SOLUCIONES DE CJI PARA LA AGENCIA: FORO CONTRACTUAL Y CLÁUSULA DE SUMISIÓN–1. *Concreción del foro especial para el contrato de agencia en el CB/CL*–2. *El artículo 5.1 en el reglamento 44/2001–A*) La agencia como contrato de prestación de servicios–B) La regla para el contrato de servicios–3. *El art. 22.3 de la LOPJ*–4. *La autonomía de la voluntad: sumisión expresa*–A) La cláusula sumisoria en la normativa comunitaria y autónoma–B) Las cláusulas de elección de foro en condiciones generales
 - IV. ¿ES POSIBLE UNA CORRECCIÓN DE LAS REGLAS DE CJI EN FAVOR DEL AGENTE?–1. *La protección del agente en derecho sustantivo comunitario*–2. *La extensión del foro de los trabajadores a los agentes*–3. *La limitación de la autonomía de la voluntad*
 - V. A MODO DE CONCLUSIÓN
-

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1. Los contratos de agencia han supuesto un mecanismo básico para el desarrollo de la actividad comercial nacional e internacional¹. Mediante la colaboración de este intermediario, independiente desde un punto de vista empresarial aunque actúe por cuenta y en nombre ajeno, el principal accede con más facilidad a otros mercados². El interés en regular esta modalidad contractual se ha manifestado en distintas esferas y en particular en la comunitaria, donde el legislador quiere garantizar la participación de los agentes en un mercado único en igualdad de condiciones. Así, los aspectos esenciales de la regulación de las relaciones «internas» entre principal y agente quedan regulados en la Directiva 86/653/CEE, transpuesta en España por la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre contrato de agencia (LCA)³. En ella se regulan los derechos y deberes de principal y agente y se introducen algunas reglas (indemnizatorias) para equilibrar la posición del agente ante posibles abusos de su principal. La Directiva carece de normas de conflicto aunque el alcance internacional de alguna de sus disposiciones ha sido objeto de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (TJCE). En el asunto *Ingmar*⁴, el TJCE declaró el carácter imperativo para el tráfico internacional de los derechos de indemnización previstos en la directiva, v. gr. indemnización por clientela y por rescisión unilateral del contrato sin preaviso por parte del principal.

2. El desarrollo de los contratos de intermediación ha provocado un paralelo incremento de los litigios con elemento internacional de ellos derivados. Sin embargo, y a pesar de la citada preocupación por equilibrar la posición del agente frente a ciertos posibles abusos de su principal, no pare-

¹ Sobre el impacto de estos contratos en la actividad comercial, vid. en Derecho español, R. QUINTÁNS EIRAS: *Las obligaciones fundamentales del agente*, Civitas, Madrid, 2001, pgs. 29 y ss.; en sede de DIPr, vid. Ch. DÍLOV: *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, 2000, pgs. 3 y ss..

² La agencia es una de las posibles modalidades de intermediación en el comercio (internacional). Estos instrumentos son variados y se matizan en función de criterios de naturaleza económica –fundamentalmente la integración en el entramado empresarial del fabricante/exportador– y jurídica –atendiendo al grado de independencia en la actuación– y posibilidad de vincular al empresario.

³ Cuando hablamos de relación interna nos referimos a la que vincula al empresario principal con el intermediario (agente) y de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones que deben cumplirse lealmente y de buena fe por ambas partes (vid. arts. 9 y 10). Junto a ella existe una vertiente externa, que hace alusión al efecto básico que resulta de la correcta intermediación del agente: el empresario principal queda obligado frente al tercero como si hubiera contratado directamente con él.

⁴ Asunto C-381/98 *Ingmar c. Eaton LTC* de 9.11.00, Rec. pg. I-9305.

cen haberse ideado soluciones procesales específicas. La Directiva 86/653 no regula cuestiones de proceso internacional, que quedan diferidas a la legislación existente en materia de competencia judicial internacional (en adelante, CJI). El estudio de estas reglas es el principal objeto de este trabajo. Conviene dejar claro desde ahora que la Directiva no ha modificado el régimen de CJI existente en materia civil y mercantil (II.1) aunque el desarrollo que realiza el legislador español de la Directiva pueda suscitar dudas. Por ello se aclarará qué tipo de regla procesal incorpora la LCA (II.2). La CJI de los tribunales españoles para litigios derivados de la relación entre principal y agente quedará pues determinada conforme a las reglas comunitarias del Reglamento 44/2001 (y en las relaciones con Dinamarca, conforme a su predecesor, el Convenio de Bruselas de 1968) y las de Derecho autónomo previstas en la LOPJ. Analizaremos los distintos foros que estas reglas prevén tomando como apoyo varias decisiones de Audiencias Provinciales. Podemos avanzar que el presupuesto de todas las soluciones, ya sean comunitarias ya de Derecho autónomo, es la existencia de una relación contractual de paridad entre agente y principal, tanto cuando litigan en un foro contractual (III.1 a III.3) como cuando lo hacen ante el tribunal que han elegido en ejercicio de la autonomía de la voluntad (III.4).

No obstante, y para concluir, se planteará si la corrección que la jurisprudencia *Ingmar* ha supuesto en Derecho sustantivo tiene consecuencias procesales que obliguen a revisar estos foros. En efecto, en la medida en que las partes litiguen dentro de territorio comunitario, y en virtud de la jurisprudencia citada, quedará garantizado que el agente vea respetados los derechos que le confiere la Directiva (o Leyes de transposición estatales). El problema puede plantearse cuando, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, agente y principal se someten a la jurisdicción de un Estado no comunitario. Ello podría implicar que se eludiera por vía procesal el carácter imperativo de los dos derechos reconocidos por la Directiva. Para establecer nuestra posición partiremos de un análisis del régimen material que resulta para el agente tras el asunto *Ingmar* (IV.1), y luego abordaremos la sede procesal (IV.2 y IV.3). Podemos adelantar ya que, salvo en circunstancias muy específicas, nos parece que no se debe corregir la autonomía procesal de las partes.

II. EL MARCO NORMATIVO DE LA CJI EN MATERIA DE CONTRATO DE AGENCIA

1. Las reglas comunitarias y autónomas de CJI

3. Desde marzo de 2002 está en vigor para todos los países de la Comunidad Europea (CE) salvo Dinamarca el Reglamento Comunitario 44/2001 sobre CJI y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (en adelante, RCJI). Este texto es heredero del Convenio de Bruselas de 1968 (en adelante, CB) que aún sigue vigente entre los Estados de la CE

y Dinamarca⁵. Las normas de CJI tienen como primera función identificar en qué país es posible litigar cuestiones de naturaleza patrimonial o, desde el punto de vista del Estado, establecer los criterios conforme a los cuales los tribunales españoles pueden asumir esta competencia. Una vez que resulte claro que los tribunales españoles son internacionalmente competentes, habrá que localizar cuál de ellos es el que debe asumir el litigio conforme a las reglas procesales internas⁶. En determinadas ocasiones, sin embargo, no es necesario el recurso a las normas de competencia territorial estatales ya que las soluciones comunitarias permiten identificar qué concreto tribunal dentro de un Estado es competente, i. e. el foro de CJI contiene ya una norma de competencia territorial.

4. Presupuesto de la aplicación de estas reglas al contrato de agencia es su naturaleza civil o mercantil, cuestión que no plantea dudas en lo que respecta a la relación entre principal y agente. Por ello conforme al RCJI si el demandado (ya sea el agente, ya el principal) está domiciliado en un país comunitario (o en Dinamarca, en cuyo caso el CB proporciona idéntica solución) se podrá plantear el litigio ante los tribunales de dicho Estado.

No debe inducir a error la presencia de una regla complementaria al foro general, el denominado «pequeño domicilio» que, cuando el demandado tenga su domicilio en un Estado parte, permite acudir para los litigios derivados de la explotación de una sucursal, establecimiento o agencia ante el tribunal donde éstos se hallaren sitios (art. 5.5). Dicha regla no debe entenderse como un foro especial en materia de *contrato* de agencia. El concepto de «agencia», calificado de manera autónoma por el TJCE, hace referencia a un centro de operaciones que se manifiesta como prolongación de una empresa principal⁷ y no contempla la figura del intermediario comercial⁸.

5. Junto al foro general las normas comunitarias permiten a las partes que hagan uso de la autonomía de la voluntad para determinar ante qué tribunales quieren litigar. Las reglas de sumisión expresa y tácita, en las condicio-

⁵ Téngase en cuenta además que España está también vinculada por el Convenio de Lugano de 1989 (CL) sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil, con unas soluciones casi idénticas a las del CB, firmado por los países comunitarios, los integrantes de la Asociación Europea de Libre Comercio (i. e. Islandia, Noruega, Liechtenstein, Suiza) y Polonia. El criterio básico de aplicación de estas normas es similar al del CB: el domicilio del demandado ha de localizarse en uno de los Estados parte de dicho convenio.

⁶ Recogidas con carácter general en la LEC de 2000 y en algunas normas especiales, en concreto para la agencia, en la disp. adic. primera de la LCA (vid. infra §8-10).

⁷ Asunto 33/78 Somafer de 22.11.1978 (Rec. pg. 2183).

⁸ Así se distingue en el asunto 139/80 Blanckaert de 18.3.81 (Rec. pg. 819). Lamentablemente esta distinción no resulta siempre clara para los tribunales españoles, vid. SAP Valencia de 4 de mayo de 1999 (AC 1999, 5520). Sin embargo, sí lo aprecia de modo correcto la Casación italiana en la sentencia de 23.12.97 (Kai Bisgaard c. Acciaierie Weisenfels, RDIPP, 1998, pgs. 160 y ss.).

nes que prevén los arts. 23 y 24 del RCJI (así como los arts. 17 y 18 CB/CL)⁹ también resultan de aplicación en sede de contrato de agencia.

6. En tercer lugar, el RCJI (o CB/CL) prevé la apertura de un foro especial en materia contractual ante los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa. Esta conexión determina también la competencia territorial. La regla se especifica en el Reglamento y sobre ella volveremos (vid. infra punto III.2). Para la definición de «materia contractual» contamos con la interpretación del art. 5.1 del CB realizada por el TJCE. Conforme a esta jurisprudencia la relación contractual surge cuando es asumida libremente por ambos participantes¹⁰. No plantea dudas que un contrato de agencia encaja en este perfil de libre asunción de compromisos por ambas partes y puede encuadrarse en la regla contractual general del art. 5.1 CB/CL. Por ello las soluciones jurisprudenciales de desarrollo de este precepto pueden proyectarse al contrato de agencia: así, si existen distintas obligaciones litigiosas de igual rango, es de aplicación el principio de separabilidad, litigándose cada obligación en su foro; pero si éstas se articulan como obligaciones principal y secundaria, entonces el foro de competencia queda determinado por la obligación principal¹¹.

El recurso al foro contractual no quiebra por el hecho de que la agencia genere una serie de obligaciones adicionales indemnizatorias para el principal a la conclusión del contrato: la indemnización por resolución de contrato (derivada de un derecho a preaviso previsto en la Directiva 86/653) o la indemnización por clientela. El TJCE ha tenido la ocasión de aclarar que una indemnización no es materia extracontractual sino que deriva de las obligaciones asumidas por las partes y por tanto queda incluida en el ámbito de aplicación del art. 5.1¹².

7. Sólo cuando no sea posible determinar la CJI conforme a los criterios del RCJI (o CB/CL) pueden los tribunales asumir la CJI en virtud de sus reglas de Derecho autónomo –en el sistema español–, la LOPJ. Estas prevén la CJI de los tribunales españoles cuando el domicilio del demandado se halle en España (art. 22.2) –foro general que queda desplazado por las reglas comunitarias– y también cuando se localice aquí su «pequeño domicilio», i. e. el foro cuasi general para domiciliados fuera de la CE con agencia, establecimiento o sucursal en España (art. 22.4 LOPJ). La interpretación de la noción de agencia en esta sede debe realizarse según los mismos parámetros apuntados para el RCJI/CB/CL ya que, a pesar de la pluralidad de fuentes, el sistema español de CJI puede interpretarse en clave unitaria en

⁹ Téngase en cuenta que los artículos del RCJI parten de los artículos del CB/CL, pero con algunas diferencias, introducidas precisamente a raíz de la transformación del texto convencional en un reglamento comunitario. Valga esta aclaración para otras remisiones que se hagan en este artículo.

¹⁰ Asunto 26/91 Handte, de 16.6.92 (Rec. pg. I-3967).

¹¹ Vid. respectivamente, los asuntos C-420/97 Leathertext de 5.10.99 (Rec. pg. I-6779) y 266/85 Shenavai de 15.1.87 (Rec. pg. 239).

¹² Asunto 9/87 Arcado c. Haviland, de 8.3.88 (Rec. pg. 1539).

torno al referente que proporciona la normativa comunitaria¹³. Por lo que respecta al foro contractual, la LOPJ determina que son competentes los tribunales españoles cuando la obligación haya nacido o deba cumplirse en España (art. 22.3). A diferencia de las normas comunitarias, en sede de LOPJ sólo se establecen reglas de CJI que deberán ser completadas con las correspondientes reglas procesales internas para determinar la competencia territorial. Por último, conforme al art. 22.2 también es posible la sumisión expresa y tácita a los tribunales españoles.

2. La disposición adicional primera de la LCA

8. Fuera de estos supuestos analizados el sistema español no prevé ningún otro foro de CJI aplicable al contrato de agencia, ni siquiera cuando la norma específica, la LCA, incorpora una regla como la de su Disposición adicional (DA)¹⁴. El legislador español no estaba obligado por la Directiva 86/653/CEE a abrir un foro de CJI a favor de los tribunales españoles del domicilio del agente ni tampoco ha sido su intención desarrollar con dicha disposición adicional el sistema autónomo de CJI.

9. La tesis de que la disposición adicional de la LCA es un desarrollo de la normativa comunitaria fue defendida ante la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife¹⁵: una de las partes alega que la Ley 12/1992 introduce un foro de competencia en materia de agencia que, conforme al art. 57 CB, debe prevalecer sobre la solución convencional puesto que se trata de un desarrollo de normativa comunitaria (Directiva 86/653/CE). El razonamiento, acertadamente rechazado por la Audiencia, parte de una base correcta pero se funda sobre una premisa errónea.

En efecto, el art. 67 del RCJI (art. 57 CB) contempla la posibilidad de que el Derecho comunitario (y por ello la normativa de desarrollo de los Estados miembros) desplace las soluciones convencionales, pero la Directiva carece de reglas sobre competencia. Esta habilitación al legislador estatal para que desarrolle un foro de CJI no aparece de modo explícito en el tenor de la Directiva. Y tampoco parece que se trate de un texto de mínimos en el que el legislador comunitario permita un ámbito de protección mayor fuera del que prevé la Directiva¹⁶ que, recordemos, regula cuestiones de Derecho ma-

¹³ A pesar de la pluralidad de fuentes es posible sostener la unidad interpretativa del sistema en tanto el RCJI/CB ofrece un referente hermenéutico del sistema. Este criterio sólo cederá cuando las opciones del legislador comunitario respondan a una «lógica comunitaria», que exige una respuesta específica en este contexto y no necesariamente extrapolable a supuestos no comunitarios. En general, vid. M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN: «Litigación internacional», en *Derecho Procesal Civil Europeo*, 2000, pg. 81 (§100), y en particular pg. 100 para este foro del pequeño domicilio.

¹⁴ Conforme a la DA 1ª «la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario».

¹⁵ SAP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de septiembre de 2001 (AC 2002, 356).

¹⁶ Como sí lo hace constar en otras ocasiones, por ejemplo y claramente, la Directiva 97/7 de mayo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE Ley 144 de 4.6.97 pgs. 19 y ss.) en su artículo 14.

terial. En otros términos, no parece que el legislador comunitario manifestara en 1986 una voluntad implícita de introducir una regla específica de CJI en materia de agencia. Es más, cuando la exigencia de un foro especial es sentida con fuerza en sede comunitaria, tal necesidad se concreta de manera expresa en una regla: así ocurre por ejemplo en el art. 6 de la Directiva 96/71 sobre trabajadores temporalmente desplazados, transpuesto en art. 16 de la Ley 45/1999. Si pudiendo haber introducido la regla en la Directiva no lo hace –ni tampoco modifica el texto con posterioridad para incorporarla–, debemos colegir que no era voluntad del legislador comunitario ampliar los foros de CJI para los contratos de agencia.

La conclusión no puede ser entonces sino la avanzada al inicio: en ausencia de habilitación al legislador nacional para modificar las normas comunitarias o convencionales de otro modo aplicables, una actuación en tal sentido contravendría todo principio de jerarquía normativa. Por tanto, no podemos entender que el legislador español haya querido esta solución sino introducir una regla interna.

10. La cuestión debe plantearse entonces en términos de qué tipo de regla «autónoma» introduce la DA 1ª: bien estamos ante una norma de CJI o bien ante una regla de competencia territorial. La primera de las opciones es la seguida por el legislador belga, que al transponer la Directiva de agencia introduce una regla de CJI a favor de los tribunales belgas salvando la aplicación de los convenios internacionales¹⁷. No parece sin embargo que ésta haya sido la intención del legislador español al incluir la DA 1ª en la LCA, donde la ausencia de referencias al elemento internacional y más en concreto a la competencia de los tribunales españoles, inclinan a pensar que la voluntad del legislador se orientaba más hacia la segunda posibilidad, es decir, a introducir una regla específica de competencia territorial en favor de los tribunales del domicilio del agente¹⁸.

Un ejemplo servirá para aclarar: si un agente con establecimiento en España –intermediario en territorio español para un principal domiciliado en Estados Unidos– quisiera demandar a su principal, la CJI de los tribunales españoles vendría determinada por la LOPJ (art. 22, lugar de cumplimiento) y la competencia territorial por la LCA (domicilio agente). La distinción resulta clara para la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife:¹⁹

«La citada disposición adicional lo que introduce es un criterio interno e imperativo de determinación de la competencia territorial que presupone

¹⁷ El art. 27 de la Ley belga de 13.4.95 (MB de 2.6.95) establece que «sous réserve de l'application des conventions internationales auxquelles la Belgique est partie, toute activité d'un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge et de la compétence des tribunaux belges».

¹⁸ En este sentido, P. JIMÉNEZ BLANCO: «Nota a SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 de septiembre de 2001», en *REDI*, 2002, pgs. 378 y ss., pg. 383-4.

¹⁹ Fundamento Jurídico (F.) 3º. En el mismo sentido, vid. F. 3º de la SAP Valencia de 4 de mayo de 1999 (AC 1999, 5520) y F. 2º de la SAP Alicante de 8 de junio de 2001 (AC 2002, 31).

la jurisdicción de los tribunales españoles pero sin que, desde luego, establezca la extensión de la jurisdicción española para todas las pretensiones derivadas de un contrato de agencia con elemento extranjero y en el que el agente es español».

Entender de otro modo esta regla puede plantear problemas graves en el ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva. Competencia judicial internacional y territorial responden a dos lógicas diferentes y constituyen dos condiciones distintas para que un tribunal pueda conocer válidamente de un litigio²⁰. Así lo ha manifestado el TC al establecer que la proyección de los criterios de competencia territorial a las cuestiones de competencia judicial internacional puede suponer una vulneración del art. 24 CE, especialmente si lo que produce es un rechazo de la competencia de los tribunales españoles. Ello es así porque supone descartar los principios que inspiran las reglas de CJI del sistema, construidas a la luz de las exigencias constitucionales, en favor de otras reglas que no responden necesariamente a los fines que aquellas normas persiguen²¹. Por contra, y esta consideración puede presentarse como el revés de la anterior, si existe CJI de los tribunales españoles, aunque el domicilio del agente no estuviera en España, habría que producir una regla de competencia territorial derivada de la misma regla de CJI. Cualquier otra interpretación supondría de nuevo una denegación de justicia²².

III. DOS SOLUCIONES DE CJI PARA LA AGENCIA: FORO CONTRACTUAL Y CLÁUSULA DE SUMISIÓN

En los próximos párrafos analizaremos con detalle dos foros de CJI apuntados supra (5-7) y que resultan particularmente útiles en la agencia comercial, v. gr. el contractual y la autonomía de la voluntad. Se trata de estudiar con más detalle cómo se concretan estas soluciones para el contrato de agencia y si las diferencias que existen en cuanto al foro especial entre los textos actualmente en vigor (RCJI y CB en sede comunitaria, CL para los

²⁰ Vid. el F. 2º de la citada SAP Alicante (AC 2002, 31) que apunta la imposibilidad de extrapolar los criterios de la LCA «a los efectos del esclarecimiento de la competencia entre la jurisdicción nacional o de tercer país».

²¹ El supuesto planteado ante el TC tenía como objeto un litigio de revisión de condena por alimentos; habiéndose dictado la sentencia en el extranjero, no existía juez territorialmente competente para su revisión, lo que indujo al tribunal a desestimar la demanda. El TC explica que el recurso a las reglas de competencia funcional infringe el art. 24 CE en la medida en que niegan la posibilidad de obtener un pronunciamiento sobre el fondo en virtud de reglas completamente extrañas a las que expresan el delicado equilibrio constitucionalmente exigible en la determinación de la CJI, descartando la relevancia de aquellos fines (F. 5º). Vid. nota de I. HEREDIA CERVANTES: «Competencia de los tribunales españoles para modificar decisiones extranjeras (Comentario a la STC 61/2000 de 13 marzo)», en *Der. Pudo. y Const.*, núm. 14, 2000, pgs. 185 y ss..

²² En lo que ya viene siendo doctrina asentada, vid. por todos, M. AMORES CONRADI: «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ», en *REDI*, vol. XLI, 1989, pgs. 113 y ss, pg. 122.

países de la AELC, y LOPJ para el resto de supuestos) tienen alguna relevancia para los agentes.

1. Concreción del foro especial para el contrato de agencia en el CB/CL

11. La regla del art. 5.1 CB/CL confiere la competencia (internacional y territorial) a los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa. Este lugar puede quedar fijado en el propio contrato y, cuando así ocurre, determina la competencia judicial²³. En contratos de intermediación como el de agencia suele ser habitual que el lugar donde deba ejercer sus funciones el agente quede fijado en el contrato (v. gr. agente para Copenhague y Ålborg). Pero en ocasiones ese lugar de cumplimiento no se concreta en un punto sino que hace referencia a un territorio más amplio, v. gr. agente para el mercado danés. En estos supuestos no es posible identificar un lugar de cumplimiento del agente pero sí una voluntad de las partes de delimitar un territorio en un país. Para concretar entonces dónde se puede plantear la demanda si la obligación litigiosa tiene su origen en la (in)actividad del agente acudiremos a las reglas procesales del Estado determinado por las partes en el contrato, en el ejemplo propuesto, las normas procesales danesas.

12. Otro tipo de situaciones se plantea cuando las partes no han pactado el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa (por ejemplo, cuando lo debatido es el pago de las indemnizaciones). En estos casos la solución aquilatada por la jurisprudencia del TJCE nos invita a identificar el Derecho del contrato y, conforme a éste, establecer dónde debe cumplirse tal obligación²⁴. Para averiguar con carácter general cuál es la Ley del contrato los tribunales españoles, como todos los demás de la CE, aplican un mismo sistema de normas de conflicto, el Convenio de Roma (CR)²⁵.

Esta solución parece asumida por los tribunales españoles en su «estructura superficial» pero no resulta tan asimilada en su «estructura profunda».

²³ Conviene recordar que la fijación del lugar de cumplimiento –realizada en el marco de la «lex contractus»– no debe equipararse con una cláusula de elección de foro, cuestión para la que nos remitimos a *infra* §21. Véase a título de ejemplo el análisis de los foros que realiza la SAP Alicante de 8 junio de 2001 (AC 2002, 31): inexistencia de foros exclusivos o sumisión en otro país, domicilio del demandado en España y lugar de cumplimiento fijado por las partes en España confieren la CJI a los tribunales españoles.

²⁴ Asunto 12/76 Tessili c. Dunlop, de 6.10.76 (Rec. pg. 1473), luego completado por el asunto C-288/92 Custom Made, de 29.6.94 (Rec. pg. I-2913).

²⁵ Téngase en cuenta que Francia, Holanda y Portugal han ratificado el Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediación y representación, que propone reglas específicas en esta materia y que en estos países desplazan las soluciones del CR. Con todo, el resultado final al que llegan ambos textos puede ser bastante parecido. Para un desarrollo comparado de ambas soluciones, vid. Ch. DILOV: *Le contrat d'agence...*, op. cit., pgs. 245 y ss..

Claro ejemplo de esta falta de comprensión es el razonamiento que sigue la Audiencia de Barcelona.²⁶

El litigio enfrentaba a un agente –empresa establecida en Barcelona– con su principal –una empresa italiana– por el pago de la indemnización por conclusión del contrato. La parte italiana alega la competencia de los tribunales italianos como lugar del pago (domicilio del deudor). La española pretende que los tribunales españoles se declaren competentes como lugar de cumplimiento del contrato. El órgano jurisdiccional llega a la conclusión que se trata de un contrato sujeto a Derecho español (sin que quede muy claro el razonamiento que sigue para alcanzar tal solución, en todo caso correcta si seguimos la presunción del art. 4.2 CR que nos conduce al establecimiento de la parte que ejecuta la prestación característica del contrato), y que por ello es de aplicación la disp. adic. 1ª de la LCA que confiere la CJI a los tribunales del domicilio del agente, en el supuesto, los de Barcelona.

Por ello conviene que nos detengamos en dos puntos: (a) el tipo de remisión que supone la regla de *Tessili* y (b) la identificación de una norma dentro del sistema al que nos ha remitido la regla de conflicto.

(a) Respecto de la remisión al Derecho aplicable: la solución del TJCF es compleja (y para algunos incluso criticable en cuanto supone entrar en el fondo del asunto antes de decidir si hay competencia o no, o porque no ofrece una solución predecible «ex ante») pero tiene una razón de ser: Quien asume un compromiso en un lugar concreto acepta implícitamente la posibilidad de tener que litigar en donde se comprometió a cumplir. En otros términos, el deudor de una obligación queda sujeto a la jurisdicción del Estado donde materialmente está obligado a cumplirla. Por ello sólo el Derecho sustantivo aplicable al contrato puede determinar cuál es ese lugar²⁷. El art. 5.1 remite al Derecho material, no a las reglas procesales, razón que explica por qué, en el supuesto planteado ante la AP Barcelona, no era correcto acudir a la disp. adic. de la LCA. Estamos buscando el Derecho del contrato, el lugar de cumplimiento del pago, obligación litigiosa, y no un criterio de competencia territorial²⁸.

(b) Respecto de la norma que debe consultar el juez una vez identificada la Ley (i.e. el ordenamiento jurídico) aplicable. En el supuesto planteado ante la Audiencia de Barcelona se discute cuál es la normativa española que debemos consultar: bien la más genérica, como es el CC (art. 1171 que nos remite al domicilio del deudor, por tanto a Italia), bien una más específica para el contrato de agencia (LCA 12/1992). La remisión conflictual se en-

²⁶ SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2000 (Aranzadi TSJ/AP, 2001 núm. 1574).

²⁷ M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN: *Derecho procesal...*, op. cit., pg. 108 (§ 122).

²⁸ Este mismo reproche (junto a otros sobre la forma de determinar el derecho aplicable al contrato, sobre los que no entraremos) se le puede hacer a la sentencia de la Audiencia de Vizcaya de 18 de diciembre de 1997 (REDI, 2000-44-Pr, pg. 563, nota A. Marín López.).

tiende hecha a las reglas específicas para la materia litigiosa dentro de ese sistema. Por lo tanto la primera norma que habría que consultar es efectivamente la LCA (entendida siempre en su aspecto material y no procesal). Sólo en ausencia de disposiciones específicas en esta sede, conforme a la teoría de fuentes, habrá que consultar los principios contractuales mercantiles (arts. 50 a 63 CCom) y en defecto de éstos, a las reglas de cierre del sistema, CC. El lugar de cumplimiento de las obligaciones en el contrato de agencia no está regulado de modo específico, de manera que la regla del CC resulta aplicable en estos supuestos: habrá que cumplir en el domicilio del deudor (art. 1171 CC). Así, en el caso planteado ante la AP de Barcelona, el tribunal español debía haberse declarado incompetente.

Es decir, en ausencia de pacto, para determinar dónde debe cumplir el empresario o cuando no queda concretado para el agente (por ejemplo, porque opera en «el mercado europeo»), será necesario recurrir a la regla del art. 5.1²⁹. Si la Ley del contrato es la española, el lugar de cumplimiento queda fijado, conforme al art. 1171 CC, en el domicilio (o establecimiento) del «deudor» de la obligación litigiosa, ya sea el agente (cuando se trate de supuestos de incumplimiento de la obligación de lealtad y buena fe, falta de información al principal, rescisión unilateral del contrato), ya el empresario principal (por ejemplo, por pago de la remuneración por rescisión o por clientela).

13. Aún quedaría por resolver un último supuesto, aquel en que el lugar de cumplimiento no es determinable, v. gr. porque se trata de una obligación de no hacer. Esta hipótesis no tiene una solución clara en el art. 5.1. Una reciente decisión del TJCE (en la que se planteaba la determinación del «lugar de cumplimiento» cuando dos empresas han asumido un compromiso de no vincularse con otras empresas en relación con un contrato público) establece que cuando no hay limitación territorial a la obligación de no competir es imposible establecer una vinculación foro/litigio, por lo que no resulta conveniente abrir un foro especial (que debe ser previsible, restrictivo y justificado por razones de economía procesal, cercanía, etc.). Consecuentemente sólo se podrá litigar ante los tribunales del domicilio del demandado³⁰. Dejando de lado las consideraciones acerca de la infracción del Derecho de la competencia, este tipo de supuestos podría plantearse en los contratos de agencia respecto de los pactos de exclusiva sin limitación territorial, permitidos mientras que el contrato de agencia esté vigente³¹.

²⁹ Alguna jurisprudencia extranjera ha considerado que en estos supuestos era necesario identificar el centro de operaciones del agente, donde podría localizarse entonces el lugar de cumplimiento, en un razonamiento similar al seguido en contratos de trabajadores. Vid. en este sentido CA Lyon, 10.6.76, JDI, 1977, pgs. 665 y ss. (nota D. Holleaux).

³⁰ Vid. asunto C-256/00 Besix, de 19.2.02, Rec. pg. I-1699.

³¹ Por contra, por imperativo de la Directiva 86/653 (y en su desarrollo por la LCA, arts. 20 y 21), los pactos de exclusiva (de no competencia) que deban desplegar sus efectos a la finalización del contrato se limitarán al territorio donde se hubiera estado ejerciendo como agente (vid. el comentario al art. 7 LCA de F. PALAU RAMÍREZ: *Comentario a la ley sobre contrato de agencia*, F. MARTÍNEZ SANZ, M. MONTEAGUDO y F. PALAU RAMÍREZ: Civitas,

Un litigio cuya causa fuera la violación de dicho pacto sólo podría suscitarse ante los tribunales del Estado del domicilio del demandado.

2. El artículo 5.1 en el reglamento 44/2001

14. La nueva versión del art. 5.1 mantiene la solución del CB/CL pero con unas alteraciones que responden en cierta medida a las críticas que la aplicación de este precepto había suscitado en la doctrina³². El cambio afecta a los contratos mayoritariamente concernidos por esta regla, la compraventa internacional y los contratos de servicios, para los que se abre el foro del lugar de cumplimiento de la prestación característica. En estos supuestos se entenderá que, salvo manifestación en contra por las partes, serán competentes (cualquiera que sea la obligación litigiosa) los tribunales del lugar donde, conforme al contrato, deba entregarse la mercancía o realizarse el servicio respectivamente. La reforma del art. 5.1 tiene como pretensión simplificar la regla del CB en materia contractual, concentrando todos los litigios derivados de un contrato ante un solo tribunal, cuya determinación podrá realizarse «ex ante» y de manera sencilla. Sin embargo los dos incisos que se introducen en la norma («salvo pacto en contrario» y «conforme al contrato») han generado una pluralidad de interpretaciones acerca del alcance de la voluntad de las partes y del juego de la Ley del contrato en esta sede³³.

15. Una primera interpretación parte de la relación que existe entre los apartados (a) y (b) del art. 5.1 RCJL. En este sentido, el artículo se estructura sobre una regla, la del doble foro, en función de la obligación litigiosa, pero que cede en favor del foro único, cualquiera que sea la obligación litigiosa, para los dos tipos de contratos previstos (compraventa y prestación de servi-

2000, pgs. 173 y ss., pg. 178; vid. con datos de Derecho comparado, R. QUINTÁNS EIRAS: *Las obligaciones...*, op. cit. pgs. 306 y ss.). En estos supuestos en los que la obligación de no hacer está territorialmente limitada, cabe preguntarse si sería también aplicable la solución del asunto Besix. La doctrina ha respondido afirmativamente cuando la restricción afecta a una pluralidad de Estados Miembros, ante la imposibilidad de determinar cuál es el tribunal que satisface las condiciones de proximidad que supone el foro especial (vid. H. GAUDEMET-TALLON: «Note au jugement de la Cour de Justice du 19 février 2002», en *RCDIP*, vol. 91, 2002, pgs. 588 y ss., pg. 593). Si el pacto afectara a un solo Estado, la regla de Besix carece de relevancia puesto que la obligación de no hacer resulta claramente infringida en un lugar cuyos tribunales son los más cercanos para conocer del litigio.

³² Por todos, G. DROZ y H. GAUDEMET-TALLON: «La transformation de la Convention de Bruxelles du 27.9.68 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», en *R.C.D.I.P.*, 2001, pgs. 601 y ss., pgs. 633 y ss.

³³ Un detallado análisis de los problemas que plantea el nuevo art. 5.1 y de las posiciones que aquí se van a presentar puede encontrarse en J. ELTZSCHIG: *Art. 5 Nr. 1 b EuGVO: Ende oder Fortführung von forum actoris und Erfüllungsortbestimmung lege causae?*, IPRax, 2002 (491-496). En la doctrina española y respecto del contrato de agencia, vid. K. FACH GÓMEZ: «El Reglamento 44/2001 y los contratos de agencia comercial internacional: aspectos jurisdiccionales», en *RDCE*, 2003, pgs. 181 y ss.

cios), como respuesta a las críticas que había recibido el antiguo art. 5.1 del CB. El inciso «salvo pacto en contrario» significaría que las partes pueden renunciar a esta fijación única del foro y volver a retomar la regla del apartado (a). Es decir, la regla del apartado (b) quedaría a disposición de las partes, que podrían manifestar su voluntad por ejemplo indicando de manera expresa cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación de pago.

El principal inconveniente de esta interpretación es que quiebra la lógica de la reforma, porque nos remite a la solución anterior: ¿Para qué modificar el artículo si inmediatamente después permitimos que las partes vuelvan a la solución del CB? Hay una diferencia, sin embargo, respecto de aquella formulación. Frente a lo que ocurría en el CB, y visto que se exige un «pacto» en contrario, las partes serán conscientes de que están remitiéndose a dicha regla, con lo cual, la idea de falta de previsibilidad que se achacaba al foro del CB se ve parcialmente anulada.

16. Otra posición pone el acento sin embargo en el juego de la autonomía de la voluntad a la hora de establecer el lugar de cumplimiento del prestador característico (el que entrega la mercancía o presta el servicio). Ello sería una consecuencia lógica de lo visto antes: si el fin del nuevo art. 5.1 es reducir el juego de la regla del doble foro, entonces, la indicación «salvo pacto en contrario» no puede entenderse con referencia al apartado (a) sino dentro del apartado (b). Este segundo apartado confiere la competencia a los tribunales del lugar donde se prestara o hubiera debido prestar el servicio, «conforme al contrato». Es decir, según la Ley del contrato. El pacto tendría cabida entonces para fijar un lugar de cumplimiento de la prestación del servicio distinto a aquel que identifica el derecho del contrato.

Esta interpretación tiene que salvar dos dificultades: por una parte, supone que quiebra la lógica de los foros de sumisión, porque permitiría una regulación paralela a la del art. 23 RCJI en los supuestos contractuales del 5.1. Ciertamente que esta crítica puede matizarse con una reducción del pacto en el sentido que exige la jurisprudencia del TJCE: podrán elegir en la medida en que se trate de lugares que estén vinculados con el (Derecho del) contrato. Pongamos un ejemplo: si la Ley del contrato fija como lugar de cumplimiento el domicilio del agente, las partes pueden elegir como lugar de cumplimiento el establecimiento del principal. Pero además puede tenerse en cuenta el hecho de que conforme a la jurisprudencia del TJCE, el inciso no sería necesario, pues los pactos sobre el lugar de cumplimiento son posibles en la medida en que el Derecho del contrato lo permita (y este es el contexto en el que se aplica el art. 5.1). No hay necesidad de que el artículo nos lo indique explícitamente. Dado que el Derecho del contrato es el marco en el que debe desarrollarse este precepto, nos parece que los argumentos de esta postura son más frágiles que los de la primera interpretación. Más aún, y aunque no sea un elemento decisivo para inclinar la ba-

lanza de las posiciones, lo cierto es que aquélla está recibiendo más apoyos por parte de la doctrina³⁴

Una vez presentado el art. 5.1 RCJI podemos pasar a analizar su alcance respecto del contrato de agencia. La novedad del RCJI para este contrato vendría determinada por la posibilidad de subsumirlo en la regla especial del contrato de servicios. Ello supondría que, con independencia de cuál fuera la obligación disputada (ya el cumplimiento de las obligaciones del agente, ya el pago del principal, ya las indemnizaciones), serían competentes los tribunales del lugar de actuación del agente (téngase presente que no tiene por qué coincidir con el lugar donde éste tenga su establecimiento).

A) *La agencia como contrato de prestación de servicios*

17. Para determinar en qué regla de CJI podemos encuadrar el contrato de agencia hay que proceder a una calificación del concepto de prestación de servicios. Las normas de CJI emplean categorías propias (normalmente más amplias que las de Derecho material) que exigen una interpretación autónoma. Ello resulta particularmente claro a la luz de la jurisprudencia del TJCE en interpretación del CB. El Tribunal ha favorecido generalmente la calificación autónoma de estas reglas, descartando consideraciones estatales y atendiendo a los fines del convenio, en particular su instrumentalidad para la consecución de un mercado³⁵. Al transformarse el CB en un Reglamento suscita aún menos dudas que la calificación de los términos será comunitaria³⁶.

La noción de «contrato de prestación de servicios» encaja muy bien en la terminología comunitaria y por ello debe leerse en correlación con el art. 50 TCE. Este «enganche» comunitario viene confirmado por el Preámbulo del RCJI que reitera la importancia de introducir medidas «necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior»³⁷. En otras palabras, el legis-

³⁴ Véase por ejemplo, J. KROPHOLLER: *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zu EuGVÜ und Lugano Übereinkommen*, Heidelberg, 2002, 7. Aufl., pgs. 140 y ss.; R. HAUSMANN: *Die Revision des Brüsseler Übereinkommens von 1968-Teil I: Internationale Zuständigkeit*, Eur. Legal Forum, vol. 1-2000/01, pgs. 40 y ss., pg. 45; A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA: «Volumen II», en *Derecho internacional privado*, 2002, 3ª edic., pg. 308.

³⁵ Vid. por ejemplo el punto 4 del asunto 33/78 Somafer (de 22.11.78, Rec. pg. 2183). Es interesante notar que ya las correcciones al texto del CB en cada nueva negociación podían venir perfiladas por el Derecho comunitario; así, en materia de consumidores, véase el informe Schlosser, núm. 153 (realizado en 1978 tras la incorporación del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca al CB, DOCE C 189 de 28.7.90).

³⁶ Sobre la interpretación de estas nuevas categorías en el Reglamento, vid. J. KROPHOLLER, op. cit., pgs. 130 y ss., pg. 138 (§ 35); G. DROZ y H. GAUDEMET-TALLON: op. cit., pg. 634.

³⁷ Un simple ejemplo puede bastar: el RCJI ha adoptado como criterios de determinación del domicilio de las personas jurídicas los que se venían utilizando en el mercado interior a efectos de establecimiento comunitario. En este sentido, J.-P. BERAUDO: *Le Règlement (CE) du Conseil du 22.12.00 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JDI, 2001, pgs. 1033-1085, pg. 1038.

lador comunitario está utilizando un término (contrato de prestación de servicios) en un sentido parecido al que esta noción tiene dentro del tráfico jurídico comunitario. Conforme a esta interpretación serían prestaciones de servicios, entre otros, aquellos que respondan a actividades de carácter industrial, mercantil, artesanal o propias de profesiones liberales³⁸. Y en ellos podría incluirse claramente el contrato de agencia internacional³⁹.

B) *La regla para el contrato de servicios*

18. Si consideramos que la relación que vincula a principal y agente puede encuadrarse en un «contrato de prestación de servicios», serán competentes los tribunales del Estado miembro donde se hubieran cumplido (o hubieran debido cumplirse) los servicios según el contrato sin que deba distinguirse el criterio de competencia en función de la obligación litigiosa; cualquiera que sea ésta se resolverá ante los tribunales del lugar de prestación de los servicios.

La concreción de la nueva regla se realiza de modo similar a la del CB/CL: si las partes identificaron cuál es el lugar de cumplimiento del agente, quedará igualmente fijado el tribunal que ha de conocer de las pretensiones vinculadas al contrato de agencia tanto para el agente como para el principal. En otros términos, si el agente debe realizar sus funciones de intermediario para un mercado, este criterio determina la competencia de los tribunales para todo litigio que pueda suscitarse entre las partes. Es importante insistir en que el criterio de conexión que elige el legislador comunitario es el lugar de cumplimiento del agente, no su domicilio o establecimiento. Así por ejemplo, si una empresa francesa acuerda con un agente establecido en España que éste sea su intermediario en Lisboa, serán competentes los tribunales de esta ciudad para todas las disputas derivadas del contrato (per-viviendo, claro está la posibilidad de que cada una de las partes presente la demanda ante los tribunales del Estado del domicilio del demandado, i. e. Francia y España). Si el lugar de cumplimiento fuera concretado en un mercado estatal (v. gr. el territorio portugués) sigue siendo válida la regla identificada supra 11, serán las normas procesales de ese Estado las que identifiquen qué tribunal ha de conocer de todos los litigios derivados del contrato de agencia.

³⁸ Vid. J. KROPHOLLER: «Europäisches Zivilprozessrecht...», en op. cit, pg. 138 (§36). Esta interpretación resulta confirmada si atendemos al propio texto de la Directiva 86/653 que habla de la armonización de las normas sobre el contrato de agencia (entre principal y agente) como una necesidad para alcanzar la libre prestación de servicios.

³⁹ Así, J.-P. BERAUDO: *Le Règlement (CE)...*, op. cit., pg. 1046; F. BORTOLOTTI: *Manuale di diritto commerciale internazionale.*, Diritto dei contratti internazionali, vol. I (2ª ed.), CEDAM, 2001, pg. 337. Otros sistemas no comunitarios también incluyen esta referencia a la prestación de servicios, v. gr. el art. 117 LDIP suiza en materia de derecho aplicable remite, en defecto de pacto, al establecimiento de la parte que realiza la prestación característica, entendiendo en el apartado (c) que para el mandato, las contratas y otros contratos análogos de prestación de servicios, la prestación característica corresponde a quien realiza el servicio.

Por contra, si las partes no delimitaron un concreto lugar donde el agente deba cumplir sus servicios, v. gr. agente para el mercado mediterráneo, o no puede deducirse de los términos del contrato, habrá que delimitar cuál es el lugar de cumplimiento del intermediario conforme a la Ley del contrato. De nuevo esta solución fija la competencia tanto para cuando la obligación litigiosa sea del agente como cuando sea la del principal. En este supuesto la remisión a un ordenamiento puede suponer la identificación del lugar de cumplimiento con el domicilio o lugar de establecimiento del agente, como ocurriría (según vimos supra) si el contrato resultara sujeto a Derecho español. Pero, insistimos, esta ecuación no se verificará de modo necesario, sino sólo cuando así lo determine el Derecho del contrato.

19. Aclarada la nueva solución, conviene insistir en un punto: el art. 5.1 del RCJI no elimina la anterior solución del CB/CL, recogida en el apartado (a) y que permanece como regla para dos tipos de supuestos. Por una parte, por la ya referida salvaguardia del «pacto en contrario»: si las partes determinan un doble lugar de cumplimiento de las obligaciones respectivas (una de prestación de servicios y otra de pago) o incluso si sólo queda fijada la del pago, pueden estar manifestando la voluntad de no querer acomodarse al criterio único del art. 5.1 del RCJI. Habría que analizar si las partes con este desdoblamiento del lugar de cumplimiento pretenden una vuelta al doble foro contractual.

Por otra parte, la regla del apartado (a) permite solucionar los supuestos no cubiertos por el apartado (b) del art. 5.1. Es decir, para los demás contratos, o en aquellos casos en que estas precisiones nos conduzcan a tribunales situados fuera del territorio CE, volveremos a la solución tradicional, lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa⁴⁰. Así, cuando el agente debiere cumplir su obligación en un Estado fuera de la CE, falta el presupuesto de aplicación del art. 5 del RCJI, i. e. que la prestación se realice en territorio comunitario. Por ejemplo en un contrato que vincule a un principal inglés con un intermediario (con domicilio) español para que sea su agente en el mercado marroquí, el lugar de prestación de servicios nos lleva a un Estado no comunitario. Planteada una demanda de indemnización por clientela ante los tribunales españoles, la regla del art. 5.1.b) nos conduciría a los tribunales marroquíes. Al no verificarse la conexión que justifica el recurso al foro especial del Reglamento, la regla del art. 5.1.c) nos remite de nuevo a la regla del 5.1.a), i. e. lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa, claro está siempre que éste identifique un tribunal comunitario. El tribunal debería analizar dónde debe cumplir el principal conforme al Derecho del contrato: español, como el de la parte que realiza la prestación característica. Según hemos visto, la regla nos conduce al domicilio del «deudor», es decir a los tribunales ingleses, y debería por tanto declararse incompetente.

⁴⁰ M. VIRGOS y F. GARCIMARTÍN: *Derecho procesal...*, op. cit., pg. 110 (§ 125); J.-P. BERAUDO: op. cit., pg. 1046.

3. El art. 22.3 de la LOPJ

20. Conforme al art. 22.3 LOPJ los tribunales españoles podrán conocer en materia contractual cuando la obligación haya nacido o deba cumplirse en España. Presupuesto de la aplicación de esta norma, claro está, es que el domicilio del demandado esté fuera de territorio comunitario (o de la AELC) o que no haya habido sumisión a los tribunales españoles en virtud de las reglas del RCJI/CB/CL. De esta suerte, un agente con domicilio en España y que opera en este territorio como principal de un empresario norteamericano con domicilio en Washington, podría demandar al empresario norteamericano ante los tribunales españoles en virtud del foro previsto en la LOPJ (si el contrato se hubiera celebrado o debiera ejecutarse en España)⁴¹. En estos supuestos, la competencia territorial vendría determinada por la regla de la DA 1ª de la LCA: serían competentes los tribunales del domicilio del agente.

Sobre la reducción del ámbito de aplicación de la solución autónoma respecto del foro del lugar de cumplimiento: ésta se había propuesto para ajustar la solución de la LOPJ a la teleología del CB (i. e. para abrir la CJI se exigiría una vinculación entre tribunal y el cumplimiento de la obligación litigiosa en España)⁴². Dada la reforma del Reglamento 44/2001, parece que el argumento podría perder fuerza en favor de un principio de interpretación común de las normas españolas de CJI, de tal manera que, aun litigándose sobre las prestaciones del principal, si el agente debiera prestar los servicios en España, serían competentes los tribunales españoles.

4. La autonomía de la voluntad: sumisión expresa

A) *La cláusula sumisoria en la normativa comunitaria y autónoma*

21. Los posibles inconvenientes que puede presentar la determinación del foro contractual justifican por sí solos que principal y agente introduzcan en su contrato una cláusula de sumisión a los tribunales. Además de proporcionar seguridad jurídica, la autonomía se impone por motivos de racionalidad económica para el principal sobre todo cuando éste tiene varios agentes porque puede concentrar los litigios en un sólo punto, generalmente el país de su establecimiento. Ahora bien, esta posibilidad también beneficia al agente que conoce ex ante el único tribunal ante el que habrá que litigar,

⁴¹ El criterio de la proximidad razonable ha llevado a proponer algunas matizaciones en el foro de la LOPJ. Así, parece conveniente exigir que el contrato se haya celebrado entre presentes para abrir el foro del lugar de celebración, puesto que, de otro modo, faltaría el criterio de proximidad razonable. E igualmente, razones de proximidad justifican una reducción del 22.3 LOPJ en el sentido de abrir el foro del lugar de cumplimiento sólo cuando la obligación litigiosa deba ser cumplida en España (vid. M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN: *Derecho procesal civil...*, op. cit., pg. 111, § 127). Téngase en cuenta que, si el demandado fuera el agente, la competencia de los tribunales españoles vendría determinada por las reglas del Reglamento al localizarse en un Estado miembro (España) el domicilio del demandado.

⁴² M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN: ult. loc. cit.

con lo que se elimina el riesgo de «forum shopping» de su principal. El pacto del tribunal (o la jurisdicción) competente parte pues de la posición de paridad de los contratantes y del mutuo beneficio que para ambos comporta la sumisión expresa y se supone mientras el legislador no indique nada en contrario.

Las limitaciones a la sumisión expresa en el ámbito comunitario están restringidas a aquellos supuestos en los que el legislador observa una asimetría en la posición contractual de las partes, v. gr. consumidores, trabajadores y participantes en un contrato de seguro⁴³. No existe, por contra, restricción alguna que contemple el supuesto de los agentes comerciales y por ello no es posible sostener que una regla como la prevista en la D. A. 1ª de la LCA impide a los agentes establecidos en España la elección de cualquier foro distinto al de su domicilio. (Pueden reproducirse aquí las consideraciones realizadas supra 9.) Tanto el efecto prorrogatorio de la competencia de un tribunal comunitario como el derogatorio del tribunal español vienen determinados por la norma procesal comunitaria, sin posible modificación por el legislador español.

No es necesario insistir en lo que es ya doctrina asentada en la materia: el carácter indisponible de las cuestiones reguladas por el art. 23 RCJI (17 CB) con vistas a garantizar la existencia de un acuerdo y el respeto de unas determinadas condiciones formales⁴⁴, y la distinta función que cumplen estas cláusulas respecto de la mera fijación del lugar de cumplimiento del contrato, por lo que no se puede utilizar esta última como expediente para eludir los requisitos antes citados⁴⁵. Aunque no es un requisito expreso de las normas, existe un cierto consenso en que es necesario un elemento «internacional» para que pueda abrirse la vía de la sumisión⁴⁶.

⁴³ Y así lo percibe claramente la AP de Santa Cruz de Tenerife en su sentencia de 10 de septiembre de 2001: «En este caso no nos encontramos ante una relación de este tipo [desequilibrio], sino en una relación entre comerciantes o empresarios en el que el potencial –no sólo económico sino también en lo que se refiere a la proyección o reconocimiento internacional de los productos que comercializa– de una de las partes no supone un beneficio exclusivo para ella sino, también para la otra, que se beneficia de ese potencial para la introducción del producto en el mercado delimitado territorialmente en el pacto de distribución exclusiva [...] por ello [...] no es de aplicación el criterio legal en orden a la defensa de los consumidores en los supuestos de sumisión expresa a favor de los empresarios» (F. 5º).

⁴⁴ M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN: *Derecho procesal civil...*, op. cit., pgs. 201 y ss. (§ 294 y ss.).

⁴⁵ La diferencia entre los foros especiales y la autonomía de la voluntad ha sido expuesta con claridad por el TJCE en los asuntos 56/79 (Zelger de 17.11.80, Rec. pg. 80) y C-106/95 (Mainschiffarts de 20.2.97, Rec. pg. I-911).

⁴⁶ A título indicativo, en favor del carácter internacional de la controversia, A. RODRÍGUEZ BENOT: *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1994, pgs. 103 y ss.; A. CALVO CARAVACA: «Artículo 17», en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la CJI y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pg. 350; R. HAUSMANN: *Gerichtsstandsvereinbarungen*, Internationales Vertragsrecht, REITHMANN/MARTINY: Eds., 5. Auf. 1996, pg. 1642 (§ 2185); F. SANDROCK: *Die Vereinbarung eines «neutralen» internationalen Gerichtsstandes*, Heidelberg, 1997, pg. 272; en contra,

22. La posibilidad de que las partes (principal y agente) deroguen la CJI de los tribunales españoles fuera de los casos en que resulte aplicable el RCJI (o CB), i. e. cuando la solución queda remitida a las normas autónomas españolas, también debería admitirse con carácter general, eso sí, con mayor cautela que en sede comunitaria puesto que ni la asunción de CJI por el tribunal elegido ni el respeto de las garantías procesales mínimas está amparado como en el marco comunitario⁴⁷. Este sería el caso si el agente con domicilio en España que opera en el mercado español se sometiera a los tribunales canadienses de su principal. En este supuesto el efecto prorrogatorio del tribunal canadiense vendría establecido por las normas procesales canadienses; el derogatorio de la competencia de los tribunales españoles, por la LOPJ. Ante el silencio de la LOPJ en este sentido, ya que la normativa autónoma sólo regula el efecto positivo, prorrogatorio de los tribunales españoles pero no el derogatorio, la solución pasa por una aplicación analógica de las condiciones del primero junto con una proyección de los requisitos del art. 23 RCJI a los supuestos del art. 22.2 LOPJ. Esta interpretación conduce a admitir la posibilidad de derogar la CJI de los tribunales españoles, pero no indiscriminadamente: no podrán derogarse las competencias exclusivas de los tribunales españoles ni tampoco los foros de protección⁴⁸.

Ahora bien, podría plantearse si en sede de normas autónomas éstos son los únicos supuestos en los que la derogación está excluida, o si alguna otra circunstancia podría permitirla. La idea de que valores materiales pueden matizar la posibilidad de derogar la CJI de los tribunales ha sido defendida en la doctrina española⁴⁹ y extranjera⁵⁰. La cuestión radica pues en determinar si podemos considerar que se trata de un caso similar a los foros de protección o si existe algún valor material que justifique una limitación del efecto derogatorio de una cláusula a tribunal no comunitario.

Dado el silencio de la LOPJ en materia de agentes comerciales, deberíamos concluir que el legislador español no pretende encuadrarlos en un foro de protección, salvo que se considerara que dicha asimilación se recoge en la DA 1ª de la LCA, al impedir ésta la sumisión a otros tribunales que los del domicilio (español) del agente. Ciertamente, de la regla de competencia territorial no podemos inferir una regla de CJI, pero sí nos indica una política sustantiva de protección del agente que establece la LCA. Si desarrolla-

H. GAUDEMET-TALLON: *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, 1965, pg. 196 (§ 310).

⁴⁷ M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN: *Derecho procesal civil...*, op. cit., pg. 218.

⁴⁸ Antes de la incorporación de España al CB había defendido esta interpretación, M. AMORES CONRADI: *La nueva estructura...*, op. cit., pg. 147. Más recientemente, vid. A. RODRÍGUEZ BENOT: *Los acuerdos...*, op. cit., pg. 97; M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN: *Derecho procesal civil...*, op. cit., pgs. 216 y ss.

⁴⁹ M. AMORES CONRADI: *La nueva estructura...*, op. cit., pg. 143.

⁵⁰ Vid. H. GAUDEMET-TALLON: *La prorogation...*, op. cit., pgs. 209 y ss. (§ 335 y ss.), cuando la norma persiga la protección de la parte más débil (no así cuando su fin consista en asegurar intereses de la buena administración de justicia).

mos esta línea –para supuestos no comunitarios–, existiendo el riesgo de que si no se litigara en España el agente no viera respetados esos derechos, estaría justificada la apertura de un foro de «protección». Aunque el argumento pueda ser atractivo, la estructura única del sistema español de CJI nos invita a rechazarlo: si el sistema procesal español se construye sobre unos mismos principios, no parece razonable distinguir este supuesto del «comunitario». Por ello, sólo si en alguna circunstancia éste permitiera una restricción a la autonomía de las partes, entonces podría exigirse igualmente para el sistema autónomo español (vid. infra 35 y 36)⁵¹

B) *Las cláusulas de elección de foro en condiciones generales*

23. El desarrollo de la intermediación puede favorecer los contratos de adhesión cuando el principal opera en distintos mercados con una pluralidad de agentes. La reducción de sus costes (que incluyen los potenciales procesos derivados de la relación de agencia) pasa entonces por introducir un foro único para todos ellos, normalmente el del principal, predispuesto en sus condiciones generales de la contratación. Para estos supuestos, el régimen de la sumisión expresa, regulado en el art. 23 RCJI (art. 17 CB/CL) sigue proporcionando los criterios básicos de validez de la cláusula. Ahora bien, el carácter general de estos requisitos ha hecho necesario que el TJCE precisara cómo se concreta este régimen cuando se trata de cláusulas incorporadas en condiciones generales. Así, se especifica un criterio de doble garantía: el adherente ha debido saber de la existencia de las condiciones y haber tenido la posibilidad de conocer su contenido. Estas mismas exigencias (que constituyen el núcleo inderogable de la regulación de las cláusulas sumisorias en el sistema español de CJI) pueden proyectarse al régimen autónomo, cuando sea aplicable la LOPJ, pues los supuestos a los que se aplica son análogos a los sometidos a las normas comunitarias⁵²

Una vez comprobado que se han respetado estos requisitos, la cláusula ha sido válidamente incorporada, sin necesidad de controlar su contenido concreto. O, en otros términos, la validez de la cláusula sumisoria, aun incorporada en un clausulado general, sólo se controla desde el punto de vista

⁵¹ A mayor abundamiento, si la doctrina y práctica arbitrales consideran que la LCA no limita la posibilidad de acudir a los tribunales arbitrales (i. e., es posible la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos de agencia), no debería quedar eliminada dicha posibilidad de pacto en sede de LOPJ: vid. E. GUARDIOLA SACARRERA: *Contratos de colaboración en comercio internacional*, 1998, pg. 62; en la jurisprudencia, vid. acuerdo 428/97 de 5.3.97 del Tribunal arbitral de Barcelona (recogido por E. GUARDIOLA SACARRERA: Loc. cit.); SAP Madrid de 9.2.98 (AC 1998, 7088); SAP Córdoba de 23.7.01 (JUR 2001, 270749). En un sentido parecido puede apuntarse la posición francesa, que restringe el juego del arbitraje en el contrato de agencia para supuestos internos pero lo admite para contratos internacionales (vid. Ch. DILOY: *Le contrat d'agence...*, op. cit., pgs. 390 y ss., §481).

⁵² Un desarrollo más elaborado de estas cuestiones se encontrará en M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN: «Artículo 3», en *Comentarios a la LCGC*, Díez-PICAZO y MENÉNDEZ (dirs.), Civitas, Madrid, 2002, pgs. 190 y ss. (§81 y ss.).

procesal y no queda sujeta a ulterior control material conforme a las reglas nacionales de condiciones generales. Ahora bien, esta afirmación no impide que –garantizando la uniformidad en la regulación de las cláusulas de sumisión– se pueda limitar la eficacia de ciertas cláusulas de elección de foro cuando sean abusivas⁵³. Esta «corrección» se justifica por la propia naturaleza del mecanismo de las condiciones generales, que pueden entenderse como una delegación del agente en favor del principal⁵⁴. Este puede introducir cualquier cláusula que la otra parte razonablemente habría podido aceptar si la hubiera negociado. De este modo no podrán ser impugnadas si la elección que éste realiza es razonable, i. e. no causa perjuicio a una de las partes en contra de consideraciones de buena fe. Por contra, cuando el desarrollo de la delegación no se hace de buena fe, sino que se quiebra la equidad bilateral que es su presupuesto, entonces será posible impugnar la condición general que excede tal delegación.

IV. ¿ES POSIBLE UNA CORRECCIÓN DE LAS REGLAS DE CJI EN FAVOR DEL AGENTE?

24. Algunas de las consideraciones precedentes (y que han sido planteadas ante las Audiencias de Barcelona y Santa Cruz de Tenerife) ponen de relieve una preocupación latente por no dejar al agente desprotegido frente a posibles abusos de su principal. Esta solicitud ha encontrado eco en sede de Derecho material en la regulación armonizadora del legislador comunitario al imponer algunas medidas como el derecho a indemnización por clientela, medidas de protección que tienden a extenderse a la esfera del DIPr, en particular en sede de Derecho aplicable tras la decisión del TJCE en el asunto *Ingmar*. En ella el tribunal ha puesto de manifiesto la necesidad de respetar las disposiciones imperativas de los artículos 17 a 19 de la Directiva 86/653/CE cualquiera que sea la Ley del contrato; o en otros términos, que el juego de la autonomía conflictual no permite desplazar las reglas materiales imperativas de origen comunitario.

Por contra, las reacciones «protectoras» en sede de CJI, en busca de un acceso facilitado a los tribunales o la posibilidad de delimitar el juego de la autonomía de la voluntad (como la apuntada de la D. A. de la LCA española), no han encontrado de momento apoyo legislativo, si bien la decisión *Ingmar* plantea una duda razonable acerca de la necesidad de proyectar también las consideraciones de Derecho aplicable a las cuestiones de competencia. En otros términos, es posible preguntarse si no es necesaria una correlación «forum-ius» (y la correspondiente reforma de las soluciones de CJI) para garantizar el respeto de las normas de protección así identificadas. El desarrollo de los siguientes puntos partirá del análisis de la decisión del

⁵³ M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN: *Artículo 3*, op. cit., pgs. 194 y 197.

⁵⁴ Sobre la interpretación de la naturaleza de las condiciones generales. vid. J. ALFARO ÁGUILA-REAL: «El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisuestas», en *Rev. Jur. Cat.*, 2000, pgs. 9 y ss..

TJCE en clave de Derecho aplicable para estudiar posteriormente si es posible reflejarlas en el foro especial (de protección) y la autonomía de la voluntad.

1. La protección del agente en derecho sustantivo comunitario

25. Principal y agente son profesionales, empresarios que entran en una relación contractual en principio de paridad. Decimos «en principio» porque en ciertos aspectos la regulación material existente, Directiva 86/653/CE, pone de manifiesto que la posición de las partes no es de absoluta simetría sino que en determinados momentos el principal puede estar en situación de predominio, y corrige este desequilibrio garantizando derechos de indemnización y de clientela al agente. Dicho de otra manera, hay una razón de protección social del agente, de la posición en la que queda frente a su principal cuando éste rescinde unilateralmente el contrato sin preaviso o cuando sigue beneficiándose de la clientela conseguida por el agente aunque el contrato de agencia haya concluido⁵⁵. En este sentido la especial posición en que se encuentra el agente frente a su principal se asemeja a la de un trabajador con el empresario⁵⁶.

26. Esta idea aparece en las conclusiones del Abogado General Léger, que indica cómo la protección (social) del agente sustenta la directiva y es un fin deseable en sí mismo (núms. 50 y ss.). Sin embargo, no desarrolla el argumento en el sentido de asimilar la posición del agente a la del trabajador en estos supuestos en una analogía con el art. 6 CR (así la indemnización al agente se podría equiparar a la situación en que queda el trabajador después de un despido)⁵⁷. El argumento definitivo que fundamenta la opi-

⁵⁵ Sobre la doble naturaleza social y contractual de una cláusula de indemnización por clientela, vid. C. PAZ-ARES: *La indemnización por clientela en el contrato de concesión*, La Ley, 1997, D-105, pgs. 1816 y ss. (núm. 4266 de 11.4.97), pgs. 1820-1. Así, en cuanto parte débil de la relación contractual el agente, en respuesta a un criterio de justicia distributiva, tendría conferidos unos derechos irrenunciables como el de la indemnización. Por contra, desde una perspectiva meramente contractual (y por ello de justicia conmutativa) esta indemnización también puede contemplarse como una retribución diferida del agente dependiente del número de clientes adquiridos (y no simplemente de la terminación del contrato).

⁵⁶ Esta cercanía estaba muy clara por ejemplo en el ordenamiento italiano antes de la Directiva 86/653, con una fuerte tradición corporativista de los agentes que conducía a aproximar el régimen del contrato de agencia mercantil a los principios de Derecho del trabajo. Ahora bien, a pesar del consenso algunas voces no dejaron de expresar un cierto embarazo por la paradoja que supone que un empresario (el agente) se prevalga en ocasiones de su estatuto profesional y en otras de una situación de «debilidad» frente a otro. Vid. F. MERCADAL VIDAL: *El contrato de agencia mercantil*, 1998, Studia Albornotiana, pgs. 306 y ss., y doctrina ahí citada.

⁵⁷ De hecho es posible sostener que, no estando todos los casos de protección regulados expresamente en el CR, las situaciones de asimetría contractual pueden desarrollarse legislativamente o deducirse por la interpretación jurisprudencial. En este sentido, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS: «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de DIPr», en *Rec. des Cours*, vol. 287, 2000, pgs. 375-6 (§ 276).

nión del Abogado General incide en el efecto que puede tener una falta de protección del agente en la libre competencia, aspecto que justifica la calificación de estas normas como reglas de policía en el sentido del art. 7.2 CR (vid. núms. 88 y ss. de sus conclusiones).

27. La construcción del TJCE en el asunto *Ingmar* por su parte se centra esencialmente en los efectos que la falta de protección del agente conllevan para un mercado donde la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada son objetivos fundamentales. El régimen previsto en los arts. 17 a 19 de la Directiva serviría a estos fines y por ello supone su carácter indisponible cualquiera que sea la Ley elegida para el contrato (núms. 24 y 25). En resumen, la construcción del TJCE pretende garantizar que la armonización lograda en el mercado comunitario respecto de los agentes comerciales no se vea frustrada por el juego de las normas de conflicto, de modo que mediante la autonomía de la voluntad se pueda eludir la normativa comunitaria (o estatal de transposición). La decisión del TJCE establece que en los contratos de agencia es posible el pacto de Ley aplicable siempre que se respete el mínimo que proporciona el Derecho comunitario para el agente en cuanto a los derechos de indemnización, que presentan así naturaleza imperativa. En otros términos, cabe la autonomía siempre que garantice esos derechos concretos cuando el agente opere en el mercado comunitario (en un sentido que podríamos decir se acerca mucho al art. 3.3 CR si consideramos el territorio comunitario como un «único foro»)⁵⁸.

A partir de las consideraciones precedentes abordaremos las dos cuestiones que se pueden suscitar en sede procesal: (a) si existe un elemento de asimetría que se traduce en una protección social para el agente, ¿podemos realizar una interpretación extensiva del foro de protección de los trabajadores?; (b) si el razonamiento del TJCE apunta hacia el carácter limitado de la libertad de elección de Ley aplicable, ¿cabe sostener que la autonomía de la voluntad está también restringida a la hora de pactar el foro?

2. La extensión del foro de los trabajadores a los agentes

28. De haber desarrollado la argumentación apuntada por el A. G. Léger sobre la necesidad de proteger socialmente al agente que queda en posición de desequilibrio frente a su principal, el TJCE podría haber detectado una laguna de protección de los agentes –partes débiles del contrato– con un resultado probable de haber extendido la regla de trabajadores (art. 6 CR) a aquéllos. Correlativamente habría podido entenderse que la protección

⁵⁸ En realidad, el art. 3.3 CR, o la jurisprudencia del TJCE, lo que nos indican es la imposibilidad de abusar del margen de autonomía que se confiere a las partes, en cuanto son quienes están en mejor disposición para determinar cuál es el Derecho de su contrato. Pero la libertad que se les confiere no puede servir para abusar de ella eliminando mínimos indisponibles. Sobre los distintos aspectos de la decisión, vid. W.-H. ROTH: *Case C-381/98, Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc. judgment of the Court (Fifth Chamber) of 9 November 2000*, CMLR, 2002, pgs. 369 y ss.

alcanzaba también a la esfera procesal, de modo que los agentes se beneficiarían de régimen procesal especial, derivado de una extensión teleológica del foro de los trabajadores. Igual que éstos, con independencia de su concreta situación (empresario individual o persona jurídica), merecerían una protección en tanto «categoría»⁵⁹. Ello permitiría abrir un foro ante los tribunales del establecimiento del agente como lugar donde éste realiza su actividad y, llevando el razonamiento a su extremo, exigiría además una reducción de la libertad de pacto para las partes en los mismos términos que para el contrato de trabajo.

29. En favor de un tratamiento paralelo al de los trabajadores se puede alegar que:

(a) las reglas de protección material suelen llevar incorporada una regla de acceso a los tribunales, así se percibe no sólo en contratos de trabajo sino también en los de consumidores;

(b) la doctrina de «lex fori in foro proprio» ya ha sido sancionada en el asunto 266/1985 Shenavai (especialmente en lo que se refiere a la aplicación de las «disposiciones de Derecho obligatorio»). Conforme a ésta, una de las razones para abrir un foro especial en trabajadores en el lugar donde se realiza el trabajo es el hecho de que este tribunal normalmente tendrá que aplicar su propio derecho;

(c) algunos Estados parecen dispuestos a aceptar una posición de «necesidad» del agente que facilite su acceso a los tribunales. Así podemos citar la Ley belga de transposición de la directiva que ha incluido una regla en este sentido (aunque salvando las obligaciones convencionales asumidas por Bélgica) o las decisiones que acuerdan esta posibilidad en Francia⁶⁰. Sin embargo en otros países, v. gr. Alemania, no parece sentirse así⁶¹.

30. A estos argumentos pueden oponerse otros que justifican el mantener

⁵⁹ Efectivamente, a efectos de la protección de una categoría, habrá que prescindir del hecho de que algunos de los agentes sean más poderosos que sus principales, del igual modo que hay trabajadores (cuadros de una empresa, por ejemplo) que se benefician de las mismas reglas de protección que el personal no cualificado. Si esto es así, no caben propuestas como la de H. L. E. VERHAGEN: *The Tension between Party Autonomy and EU Law: Some Observations on Ingmar v Eaton*, ICLQ, 2002, pgs. 135 y ss., pg. 153), distinguiendo un tratamiento de los supuestos en función de la posición del agente.

⁶⁰ Vid. las decisiones que cita Ch. DILOY: *Le contrat d'agence...*, op. cit., pg. 353. En Italia el régimen es más complejo: parece imponerse una distinción en función del tipo de agente de modo que el «pequeño agente» queda asimilado al trabajador y recibe el mismo tratamiento favorecido de acceso a los tribunales de su domicilio (arts. 409.3 y 413 Codice procedura civile siempre que se localice en Italia). Por contra, tratándose de agentes-empresa, quedarían sujetos a los foros generales de los arts. 18 a 20 C.p.c (vid. G. TRIONI: *Il contratto di agenzia*, CEDAM, 1994, pgs. 299 y ss.).

⁶¹ Así, resultan competentes los tribunales del cumplimiento de la obligación litigiosa (§29 ZPO), aunque pueda interpretarse que dicho lugar se localice en el establecimiento del agente. Para más detalles, vid. K. HOPT: *Handelsvertreterrecht (Becksche Kurz Kommentare)*, 2. Aufl. München, 1999, §84 Rd. 46.

las cosas como están, sin una extensión teleológica (o de «lege ferenda») a los supuestos de agencia. En este sentido conviene recordar que:

- (a) los foros especiales son de interpretación estricta;
- (b) el TJCE ha tenido ocasión de excluir la equiparación del agente al trabajador a la hora de aplicar los foros de protección del CB (i. e. no permite al agente litigar ante los tribunales del lugar donde se ejecuta la prestación característica del agente)⁶²;
- (c) la posición del agente no es necesariamente equiparable a la del trabajador en distintos aspectos: primero, porque el agente es a su vez un empresario, en cuyo caso el posible desequilibrio entre las partes –que puede existir también entre profesionales– no se corrige con carácter general, sino puntual (v. gr. en materia de condiciones generales). En segundo lugar, la normativa que regula la relación interna en la agencia no contempla exclusivamente la protección social del agente, sino que esta finalidad tuitiva convive con aspectos puramente contractuales que no justifican una regla especial;
- (d) no hay señal de que el legislador comunitario considerara necesario introducir una regla de CJI en la directiva y tampoco se ha manifestado posteriormente en este sentido, en particular si atendemos al RCJI cuya redacción no ha servido para modificar de manera específica este punto, ni en la sección dedicada a los trabajadores (arts. 18 a 21 del RCJI) ni en el foro contractual. Es cierto que el nuevo texto del art. 5.1 introduce una regla de competencia en favor de los tribunales del lugar de cumplimiento de la prestación característica, con lo que se favorece una concordancia «forum-ius» y, en contratos como el de agencia, la garantía de que el tribunal conocerá las normas de protección del agente en ese lugar donde lleva a cabo su actividad intermediadora. Esta regulación se acerca a la de los trabajadores pero a diferencia de ésta (a) es disponible por las partes, que pueden volver a la regla del doble foro contractual y (b) no va acompañada de las medidas de reducción de la autonomía de la voluntad que caracterizan a los foros de protección. En otros términos, el recurso a la prestación característica no significa una atención a la posición de asimetría de las partes sino que constituye un expediente para simplificar la regla atendiendo a lo que viene siendo la experiencia en la práctica judicial.

31. Concluyendo: la situación de desequilibrio que presenta la relación contractual entre agente y principal en determinados aspectos es un dato objetivo que tiende a corregirse en sede de Derecho material. Ahora bien, no parece que de ahí se deba colegir una necesidad de protección general como la que se presume para los trabajadores. La jurisprudencia y las reformas legislativas comunitarias más recientes no aportan indicaciones en tal sentido y por tanto, no parece razonable extender el foro de protección para los agentes.

⁶² Asunto C-420/97 *Leathertext*, de 5.10.99 (Rec. pg. I-6779) núms. 35 a 37.

3. La limitación de la autonomía de la voluntad

32. Descartada la posibilidad de realizar una analogía con los trabajadores, queda todavía pendiente una segunda cuestión: el TJCE ha detectado que es posible eludir los mecanismos de corrección frente a la asimetría en el contrato de agencia cuando las partes utilizan el juego de autonomía que les permite la elección del Derecho del contrato. Para atemperar este riesgo, el Tribunal impone la aplicación de las reglas imperativas incluso cuando los contratantes pacten el Derecho aplicable. Ahora bien, esa misma autonomía podría suponer que las partes decidieran someter sus diferencias a tribunales en los que la aplicación del Derecho comunitario no sea imperativa, eludiendo de este modo el efecto corrector de la jurisprudencia *Ingmar*⁶³.

Ante ello, surge la siguiente pregunta: si en sede de Ley aplicable el TJCE ha sancionado un modelo en el que pervive la autonomía pero con una corrección respecto de las cuestiones inderogables (imperativas) que prevé la Directiva 86/653, ¿cómo proyectar este modelo al esquema procesal? ¿es posible o necesario para asegurar la protección del agente corregir también en este marco la autonomía de la voluntad?⁶⁴

33. Antes de responder a la cuestión conviene aclarar varios puntos:

(a) normalmente las soluciones protectoras de derecho aplicable se acompañan de una regla procesal que garantice la efectividad de la medida material, y así resulta sin duda en contratos de consumidores y trabajadores;

(b) no es extraño que los sistemas autónomos de CJI prevean límites a la autonomía de la voluntad para aquellos supuestos en los que la derogación de la competencia de los tribunales se introduce con vistas a eludir la aplicación de ciertas normas imperativas;⁶⁵

(c) las limitaciones a la autonomía de la voluntad en sede de Derecho

⁶³ W.-H. ROTH: *Case C-381/98...*, op. cit., recogiendo el aviso que en 1980 ya había dado O. LANDO: *The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents*, 44 *RabelsZ*, pgs. 1 y ss., pg. 16, se manifiesta bastante convencido de que realmente ocurrirá así con las actuales reglas procesales.

⁶⁴ Procede a estos efectos una doble consideración: la primera, que las normas procesales, aun siendo de naturaleza diferente a las sustantivas, son auxiliares de éstas y por tanto, pueden servir para que alcancen sus fines. Por otra parte, en sede comunitaria existe un argumento adicional, que se refiere a la existencia de fines comunitarios: cuando éstos están claramente definidos, puede ser necesario articular mecanismos que no frustren su consecución, lo que afecta también a las reglas procesales. De ahí que consideremos que si algo exige la revisión de los límites de la autonomía procesal es el «fraude» al Derecho comunitario material.

⁶⁵ Véase el estudio recopilatorio que realiza F. SANDROCK: *Die Vereinbarung...*, op. cit., pgs. 95 y ss., para Alemania, Austria, Suiza, Francia, Inglaterra. Para los Estados Unidos (con el triple test de razonabilidad de las cláusulas de sumisión introducido por la sentencia Bremen) vid. H. BUXBAUM: «The Role of Public Policy in International Contracts: Reflections on the US Litigation Concerning Lloyd's of London», en *IPRax*, 2002, pgs. 232 y ss.

aplicable presentan más matices que en sede de CJI: de la autonomía máxima que prevé el art. 3 CR con los límites de su párrafo 3º a los modelos de autonomía limitada de los arts. 5 y 6 para consumidores y trabajadores o el juego de normas imperativas como las contempladas en el art. 7 CR, las modalidades de pacto y restricción son variadas. Por contra en sede procesal el modelo parece orientarse hacia una disyuntiva: bien estamos ante categorías protegidas (consumidores y trabajadores, en cuyo caso las condiciones de pacto se reducen a una elección con posterioridad al nacimiento del litigio y en favor de la «parte débil») o no, supuesto en el que la autonomía es absoluta. En principio no cabe una autonomía limitada para determinados puntos contractuales.

Por ello la respuesta que demos exige analizar si estamos ante un supuesto de asimetría como los que regulan las normas ya existentes, i. e. si existe una «ratio» parecida que justifique la reducción de la autonomía en favor del agente, lo que permitiría entonces apelar incluso a un efecto reflejo de las reglas comunitarias. En el caso de que la respuesta fuera negativa, debemos decidir si mantenemos el modelo alternativo de autonomía absoluta o si, por contra, es posible una corrección «ad hoc» del sistema procesal comunitario de CJI que garantice la protección material de mínimos al agente.

34. En el apartado anterior hemos tenido ocasión de analizar la posibilidad de equiparar las posiciones de agente y trabajador con vistas a extender al primero el régimen de protección procesal de que goza el segundo, y la conclusión alcanzada ha sido negativa: no hay una identidad de posiciones. Existe una asimetría, cierto, pero puntual, no estructural como la del trabajador. Tampoco a la luz de las consideraciones realizadas a lo largo de este trabajo parece que el legislador comunitario haya querido proteger a los agentes en el ámbito procesal de una manera concreta: ni la Directiva 86/653, ni el CB ni el reciente Reglamento 44/2001 introducen indicaciones en este sentido. «A contrario», no hay elementos para reducir el margen de autonomía que tienen principal y agente para pactar el foro si así lo consideran adecuado⁶⁶

Si no existe un régimen de protección general la alternativa en principio pasa por la autonomía absoluta aunque el contrato deba producir sus efectos exclusivamente en un mercado comunitario protegido. En este sentido existen posiciones que sostienen la imposibilidad de controlar la cláusula sumisoria fuera de los previstos por la normativa comunitaria. Así, se ha defendido que en esta sede no hay margen para imponer un examen de la cláusula de sumisión porque ésta se introduzca con vistas a eludir la aplica-

⁶⁶ Posición que, por otra parte, había sido sostenida con anterioridad al caso Ingmar en la doctrina alemana, así por ejemplo, pg. GOTTWALD: *Grenzen internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen*, FS Firsching, 1985, Beck, pgs. 89 y ss, pg. 101; R. HAUSMANN: *Gerichtsstandsvereinbarungen*, op. cit., pg. 1684 (§ 2257).

ción de normas imperativas del foro⁶⁷ ni tampoco para un control general de abuso de Derecho, si bien la aplicación de esta última cláusula en casos puntuales sí tiene partidarios⁶⁸. Creemos que la solución que debe sostenerse para los agentes es la del control puntual.

35. Una vez asentados los presupuestos de nuestra posición, distinguiremos dos hipótesis y sus soluciones. El punto de partida será un contrato que vincule a un agente español, con establecimiento en España y que opera en el mercado español como agente de una empresa establecida en otro Estado.

(1) si el principal tuviera su establecimiento fuera de la CE (v. gr. California), la sumisión a los tribunales californianos aparece como elección razonable en cuanto se trata de los tribunales del Estado de una de las partes. Téngase en cuenta que, en defecto de sumisión, una regla comúnmente aceptada entre los sistemas de CJI permite acudir a los tribunales del demandado, de modo que si demandara el agente, llegaríamos al mismo tribunal del principal. La validez de la cláusula de sumisión, efecto prorrogatorio, vendrá determinado por el sistema al que se sometan; el efecto derogatorio (de la CJI de los tribunales españoles) por contra, se controlará según las normas españolas (supra 22).

(2) si se trata de principal establecido en otro Estado comunitario y la elección de foro se hiciera en favor de un tribunal fuera de la CE (v. gr. de nuevo California), el análisis de los efectos prorrogatorio y derogatorio sería similar al apuntado para el supuesto anterior. Ahora bien, en esta hipótesis la cláusula de sumisión tiene un espíritu bien distinto ya que manifiesta la voluntad de excluir los foros de CJI dentro de la CE que resultarían de otro modo aplicables (i. e. lugar cumplimiento y domicilio del demandado). Es decir, si en ese contrato no existe una cláusula de elección de Ley de un Estado comunitario (que haya transpuesto por tanto la Directiva 86/653), hay un deseo manifiesto de escapar del mercado en el que se centran todos los elementos contractuales.

36. Desde un punto de vista teórico podrían proponerse dos vías para anular el juego de la cláusula de sumisión:

(a) «a posteriori», rechazando el reconocimiento de la decisión dictada al amparo de la cláusula de sumisión californiana. Los motivos que podrían invocarse son varios, como la manifiesta incompatibilidad con el orden público (si no reconoce los derechos del agente que conforman aquellas nor-

⁶⁷ Vid. R. GEIMER, R. SCHUTZE: *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, München, 1997, pg. 317, § 17 Rd 74; en el mismo sentido, J. SAMTLEBEN: «Prorogationsbeschränkungen und Schiedsklauseln im internationalen Geschäftsverkehr», en *IPRax*, 1981, pgs. 43 y ss., pg. 44.

⁶⁸ En contra del control basado en abuso de Derecho, R. GEIMER, y R. SCHUTZE: *Europäisches...*, op. cit., § 17 Rd 155; J. KROPHOLLER: *Europäisches Zivilprozessrecht*, op. cit., pg. 311 (§ 86 y ss.); más favorables, el propio J. KROPHOLLER: en una edición anterior (vid. 6. Aufl., pg. 262 § 79 y ss.) y R. HAUSMANN: *Gerichtsstandsvereinbarungen*, op. cit., pg. 1642 (§ 2184).

mas indisponibles según el derecho comunitario)⁶⁹ o el fraude de Ley⁷⁰. Ciertamente este control «a posteriori» sólo tiene sentido cuando se pueda reconocer la decisión frente al principal (demandado condenado) en territorio comunitario, lo que ocurre en hipótesis como las del ejemplo (2), y más difícilmente en supuestos como los previstos en (1).

(b) en sede previa, impugnando la cláusula de sumisión ante los tribunales españoles (ante los que el agente ha planteado la demanda y cuya competencia haya sido contestada por el principal). Es posible considerar dos vías de impugnación, una más teórica y otra más práctica. La primera se fundamenta en la «ratio» de la sumisión: para que la cláusula sea válida, ha de tratarse de un contrato internacional. Si retomamos la construcción realizada supra acerca del carácter «interno» de los contratos de agencia cuando principal y agente tienen sus establecimientos en territorio comunitario, sería posible argumentar que nos hallamos ante un supuesto de los que el art. 23 del RCJI (art. 17 CB) pretende evitar: que las partes se sujeten a una jurisdicción extranjera cuando el contrato carece de elementos internacionales. En otros términos, si todos los elementos del contrato son comunitarios, el recurso a una jurisdicción extracomunitaria no es aceptable. De nuevo, esta línea de argumentación sólo valdría para casos del tipo (2).

Por otra parte, se podría impugnar la validez de la cláusula de sumisión recurriendo a los principios procesales generales, en concreto al abuso de Derecho o al fraude. El abuso se verificaría cuando el principal impone la elección de foro con vistas a eliminar la aplicación de ciertos derechos subjetivos del agente previstos por el ordenamiento comunitario. Por contra, se podría hablar de fraude de Ley si se considerara que se ha utilizado la autonomía en sede procesal para eludir la aplicación de la norma imperativa de Derecho aplicable, i. e. habría una vulneración en general del Derecho comunitario⁷¹. El éxito de esta defensa para el agente sería probablemente limitado en casos como el propuesto en (1), pero encontraría más

⁶⁹ Posibilidad prevista en el orden teórico, vid. P. GOTTWALD: *Grenzen...*, op. cit., pg. 110 y también sancionada en la práctica judicial, claramente en Estados Unidos, vid. H. BUXBAUM: *The Role...*, op. cit. pg. 234.

⁷⁰ En este sentido apunta H. GAUDEMET-TAILLON: *La prorogation...*, op. cit., pg. 220 (§ 361); en la doctrina española, vid. M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN: *Derecho procesal...*, op. cit., pg. 473 (§ 832).

⁷¹ Ciertamente este carácter abusivo o el fraude no podrían alegarse si el contrato incorporara una cláusula de elección de ley o condiciones contractuales por las que se respetaran los derechos indisponibles cuando el agente opera en un mercado comunitario. Garantizado el objetivo de protección material, resulta irrelevante ante qué foro se litigue. (En una línea semejante se enmarca la jurisprudencia norteamericana, cuando aprecia que las reglas aplicadas en el foro elegido satisfacen los fines perseguidos por la normativa de los Estados Unidos cuya aplicación se pretende proteger; vid. H. BUXBAUM: *Loc. cit.*). En este sentido, las cláusulas compromisorias, que remiten la solución de las controversias a arbitraje, resultan a priori menos sospechosas de abuso de Derecho. Al no estar sujeto el árbitro a un sistema de referencia concreto, salvo que las partes así se lo hubieran indicado, dispone de un margen de evaluación que no descarta necesariamente las reglas comunitarias.

eco en situaciones parecidas a las del ejemplo (2) por la absoluta conexión comunitaria del contrato. En este supuesto, aunque la cláusula hubiera sido negociada individualmente, su tenor nos da un indicio de que se ha vulnerado la posición de equidad de las partes. Ciertamente, la posibilidad para el agente de invocar con éxito estas defensas aumentaría cuando la cláusula de sumisión se hubiera incorporado en unas condiciones generales, ya que en este contexto la idea de la delegación se justifica por el respeto de la equidad contractual. Si ésta no existe, aun entre profesionales, no puede decirse que ha habido incorporación válida de la cláusula de sumisión en favor del predisponente (supra 23)⁷².

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

De las consideraciones precedentes pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. Las reglas de CJI aplicables al contrato de agencia se recogen en el RCJI, CB/CL y LOPJ (ya sea domicilio del demandado, ya sumisión, ya foro contractual). Fuera de estos supuestos no existen reglas de CJI específicas para el contrato de agencia.
2. No es posible por tanto leer la DA 1ª de la LCA como una regla de CJI: ni introduce un foro especial ni autoriza a una corregir la libertad de pacto que permiten las normas de CJI en materia contractual. El legislador español no ha querido incluir una regla autónoma de CJI con este foro ni ha podido modificar directamente las reglas comunitarias en ausencia de habilitación del legislador comunitario para realizarla.
3. La DA 1ª de la LCA (en tanto regla de competencia territorial) operará en los siguientes supuestos: (a) cuando estemos en litigios puramente internos, (b) en sede comunitaria, cuando resulten competentes los tribunales españoles con carácter general, i. e. porque esté localizado en España el domicilio del agente, porque las partes hayan pactado sumisión a los tribunales españoles o porque el lugar de cumplimiento del agente sea el «mercado español», sirviendo entonces la regla para definir cuál de los tribunales españoles debe conocer del litigio; (c) en sede de Derecho autónomo, cuando se abra el foro contractual conforme a la LOPJ.
4. A pesar de que exista una cierta desigualdad en las posiciones de principal y agente, no se puede deducir una necesidad general de protección del agente en sede procesal. De «lege lata» no existe un foro de protección del agente como el del trabajador. De «lege ferenda» tampoco parece razonable introducir una regla específica de CJI favorable al agente cuando faltan los presupuestos que justifican este tipo de soluciones.
5. La nueva normativa de CJI derivada del Reglamento 44/2001 puede

⁷² En una posición contraria a este tipo de control, vid. P. JIMÉNEZ BLANCO: op. cit., pgs. 386-7.

suponer un cambio en las soluciones en la medida que entendamos que el contrato de agencia es uno de servicios y para el cual se abre, cualquiera que sea la obligación litigiosa, la competencia de los tribunales del lugar de prestación de los servicios, lugar que podrá coincidir con el del establecimiento del agente aunque ello no deba verificarse de modo necesario. Esta regla determina también la competencia territorial. El agente se beneficia entonces de la posibilidad de demandar ante esos tribunales pero esta solución no excluye la posibilidad de mantener el doble foro contractual ni la sumisión expresa a otros tribunales.

6. La única restricción posible a la autonomía de la voluntad podrá plantearse cuando la cláusula de sumisión se haya introducido en abuso de Derecho, i. e. porque se haya incluido con ánimo de eludir la aplicación del Derecho comunitario. Esta situación abusiva se podrá presumir cuando todos los elementos del contrato tengan vínculos comunitarios y también cuando se trate de una cláusula predispuesta en condiciones generales.