

# EL REGLAMENTO 44/2001 Y LOS CONTRATOS DE AGENCIA COMERCIAL INTERNACIONAL: ASPECTOS JURISDICCIONALES \*

Por KATIA FACH GÓMEZ \*\*

## SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. SUMISIÓN EXPRESA Y SUMISIÓN TÁCITA.—3. FORO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES: 3.1. EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL ARTÍCULO 5.1 CB/CL. 3.2. EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL ARTÍCULO 5.1 R 44/01.—4. INCIDENCIA DEL «FORO DE LA AGENCIA».—5. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

El tráfico comercial moderno se caracteriza por su universalidad. Los intercambios comerciales de nuestra época, potenciados por las nuevas tecnologías, presentan cada vez con más frecuencia un carácter internacional. Los compradores, que con sus comportamientos de consumo se integran en el mercado global, quieren poseer un determinado bien o ser-

---

\* Este artículo —concluido en septiembre de 2002— ha sido realizado en el marco científico del Proyecto de Investigación BJU2000-1373, «Mecanismos de protección de la parte débil en la contratación internacional». La totalidad de la aportación económica necesaria para poder realizar una estancia de investigación de tres meses en el Instituto *Max Planck* de Hamburgo ha sido concedida por el *Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC)* —Convocatoria Marina Bueno—, al que la autora agradece sinceramente su prestancia a la hora de apoyar estas actividades investigadoras.

\*\* Profesora de Derecho Internacional Privado. Área de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de Zaragoza.

vicio, negándose a que su producción en un lugar lejano suponga una traba a su demanda. Los productores, por su parte, son conscientes de que han de ser flexibles y versátiles para poder responder a las peticiones, cada vez más variadas y variables, de sus potenciales clientes dispersos por todo el mundo. Como medio para lograr esta capacidad de rápida reacción y previsión (y con ello aumentar sus beneficios), el sector empresarial pone gran énfasis en el desarrollo de nuevos mercados. En este sentido, las empresas que desean vender sus bienes o servicios en el extranjero (o incluso, adquirir allí materias primas) sopesan concienzudamente cuál es la forma de penetración en otros mercados que mejor casa con su estructura orgánica y capacidad económica. Con mucha frecuencia, los productores descartan la posibilidad de ser ellos mismos quienes (enviando a sus trabajadores al extranjero o creando allí nuevas empresas) ejecuten esta singladura internacional y optan por una vía que les resulta más rentable monetariamente que la acción directa: contactar con intermediarios a los que les encargan la promoción comercial y/o venta de sus productos (o compra). Con esta forma de colaboración, los empresarios consiguen reducir considerablemente los costes fijos de su expansión internacional y pueden contar además con personas que conocen bien el funcionamiento del mercado en el que van a actuar, cualidad imprescindible dada la especialización y complejidad de las operaciones mercantiles en la actualidad<sup>1</sup>.

Una forma de plasmar esta «intermediación cualificada» es a través del contrato de agencia comercial, figura que posee un gran peso específico en nuestra presente realidad comercial. Reconociendo su importancia y queriendo otorgarle un régimen jurídico propio y homogéneo (que garantizase la igualdad de condiciones de la competencia y la protección del agente comercial), el legislador comunitario promulgó la *Directiva 86/653 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes*<sup>2</sup>. A consecuencia de ello, en España se aprobó el 27 de mayo de 1992, la *Ley 12/1992 sobre contrato de agencia*<sup>3</sup>. Partiendo de este conjunto de datos, se constata que en la práctica el recurso frecuente al contrato de agencia como medio para lograr la venta/compra de bienes y servicios en el ámbito internacional,

<sup>1</sup> En torno a estas cuestiones, *vid.*, GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Barcelona 1998.

<sup>2</sup> DOCE serie L número 382, de 31 de diciembre de 1986.

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

trae consigo una también frecuente litigiosidad en este sector<sup>4</sup>. La reciente entrada en vigor en España del *Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*<sup>5</sup>, es además otra circunstancia muy relevante, que por su novedad justifica la oportunidad del estudio que se procede a realizar. En este sentido, el objeto del presente análisis es concretar qué foros del Reglamento 44/2001 (en adelante R) son aptos para incidir en la resolución de un proceso de agencia comercial internacional que se va a sustanciar en España<sup>6</sup>. Para ello, este artículo irá analizando los criterios atributivos de competencia judicial internacional según el orden jerárquico de intervención que se deriva del Reglamento 44/01 (por su falta de particularidades en materia de agencia, al artículo 2R —domicilio del demandado— no se le va a dedicar un epígrafe específico, sino que se hará referencia a él en diversas ocasiones a lo largo de este análisis). Teniendo en cuenta que el Reglamento Comunitario entró en vigor hace escasos meses, se van a hacer también abundantes alusiones a doctrina y jurisprudencia referidas a los Convenios de Bruselas y Lugano (en adelante CB y CL).

## 2. SUMISIÓN EXPRESA Y SUMISIÓN TÁCITA

Ante un caso de agencia internacional, es posible que las partes decidan acordar cuál será el Tribunal/es competentes para dirimir sus controversias. De esta forma, los sujetos se involucran personalmente en la selección del órgano jurisdiccional que ellos estiman más adecuado para conocer de la litis. Además, esta elección permite que las partes prevean la ley procesal y también el derecho material aplicable y asimismo dicha opción fija *ex ante* una competencia judicial internacional, que no deberá verse desplazada por el recurso posterior a foros como el del domicilio del demandado o el de las obligaciones contrac-

<sup>4</sup> La figura del contrato de agencia presenta gran interés para el jurista. A modo de ejemplo, gran repercusión doctrinal ha alcanzado la Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000 (C-381/98), *Ingmar GB Ltd versus Eaton Leonard Technologies Inc.* ([www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int))

<sup>5</sup> *Vid.*, DOCE número C27, de 26 de enero de 1998.

<sup>6</sup> Quedan al margen de este estudio la resolución de las controversias por medio del arbitraje y el análisis de los foros competenciales recogidos en la LOPJ.

tuales<sup>7</sup>. Sin embargo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad no está exento de dificultades. Especialmente, si entre las partes existe un desequilibrio de fuerzas —como se supone que ocurre en los contratos de agencia— el acuerdo de sumisión puede hacer temer que el foro, más que pactado, sea unilateralmente decidido o que incluso la parte débil no sea realmente consciente del contenido de esta elección. En el presente epígrafe se va a analizar someramente cómo se regula el ejercicio de la autonomía de la voluntad (y cómo se intentan atajar los riesgos recién citados) en el plano convencional, tomando como hilo conductor algunas decisiones judiciales que tratan esta cuestión de la sumisión en supuestos de agencia.

Dado que los supuestos de agencia comercial internacional no pueden subsumirse en ninguno de los foros de protección previstos en el Reglamento 44/2001 (ni anteriormente en los del CB-CL), hay que acudir al artículo 23 R para precisar los criterios de aplicación, las condiciones de validez formales y de fondo, así como los efectos que derivan de este precepto. El foro de la sumisión expresa comienza requiriendo que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro y que además éstas hayan acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro sean los competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica. El tenor del primero de los requisitos (que difiere del presupuesto general de aplicación del Reglamento —domicilio del demandado en un Estado miembro—) se justifica porque así se permite la intervención del artículo 23 R con independencia de cual vaya a ser el *rol* que adopte cada parte en la futura *litis*<sup>8</sup>.

En torno al segundo presupuesto, jurisprudencialmente se viene reconociendo a las partes un amplio margen operativo respecto al modo de precisar la atribución competencial al «tribunal o los tribunales de un Estado miembro». En este sentido, el *Landesgericht* Frankfurt en Sentencia de 9 de mayo de 1986 decidió sobre la demanda interpuesta por un agente domiciliado en Alemania contra su empresario italiano. Al respec-

<sup>7</sup> Véase sin embargo cómo la SAP Valencia de 4 de mayo de 1999 (AC 1999\5520), en una demanda de un empresario español contra su agente sito en Francia, resuelve erróneamente el caso dando preferencia al artículo 5.5 CB frente al 17 CB (y por tanto, no teniendo en cuenta la sumisión de las partes al juzgado de primera instancia de Valencia; *vid.*, además *infra nota a pie de página número 121*).

<sup>8</sup> VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid 2000, esp. p. 202.

to, el tribunal estimó que cumplía con la exigencia de certeza derivada del artículo 17 CB la siguiente cláusula de sumisión contenida en el contrato: «son competentes para conocer de las eventuales controversias los tribunales de la sede del demandante» (pese a que tal podía remitir, según quien fuese el actor, a los tribunales alemanes o a los italianos)<sup>9</sup>. Igualmente se considera que el artículo 23 R está exigiendo que realmente haya un acuerdo entre las partes de someter sus controversias a los tribunales de un determinado Estado<sup>10</sup>. Por ello, no pudiéndose constatar esta voluntad común, la curia francesa ha negado la intervención del artículo 17 CB en supuestos como los siguientes: una cláusula contenida en un contrato de agencia internacional, y atributiva de jurisdicción a los tribunales de Verona, no impone la competencia de estos mismos tribunales respecto del litigio suscitado en un contrato de asistencia comercial que, pese a celebrarse días después por las mismas partes, no recogía expresamente este acuerdo jurisdiccional<sup>11</sup>. En el mismo sentido, no es adecuado afirmar —*ex* artículo 17 CB— la competencia exclusiva de los tribunales italianos para conocer de una demanda por ruptura abusiva de un contrato de agencia que no recogía cláusula alguna de sumisión, argumentando que el contrato de agencia anterior sí contenía este pacto<sup>12</sup>.

El artículo 23 R impone también una serie de condiciones formales al pacto de sumisión<sup>13</sup>, a fin de evitar que a una parte se le pueda aplicar

<sup>9</sup> LG Frankfurt, Zwischenurteil de 9 de mayo de 1986, en *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 1986*, número 133, pp. 315-316.

<sup>10</sup> Al respecto, *vid.*, STJCE de 14 de diciembre de 1976, Asunto 24/76, *Estasis Salotti di Colzani Aimo y Gianmario Colzani S.n.c. contra RÜWA Polestereinmaschinen GmbH*.

<sup>11</sup> Cour de cassation, (Ch. Com.), 12 de diciembre de 1989, *Revue critique de droit international privé* (en adelante, *RCDIP*) 1990, pp. 358-363. Aunque en casación el tribunal se declara la competencia de los tribunales franceses con base en el artículo 5.1 CB, Gaudemet-Tallon argumenta que la cláusula atributiva de competencia a los tribunales italianos también podría entenderse aplicable al segundo contrato, ya que en realidad este «segundo contrato» no es tal. La autora defiende que en realidad sólo existe un único contrato, siendo el pacto sobre colaboración comercial una mera precisión del deber de asistencia comercial que se impone en la Directiva 86/653 sobre agentes comerciales independientes.

<sup>12</sup> Paris, 1. Ch urg., de 22 de mayo de 1991, en «Sommaires commentés», *Dalloz* 1992, pp. 164-165.

<sup>13</sup> Junto a estas exigencias de forma, el artículo 23. 5 R establece otras de fondo (que únicamente se van a enumerar, ya que no van a incidir directamente en los

un acuerdo respecto al cual no ha sido realmente consciente<sup>14</sup>. Analizando el alcance de estos requisitos, que intentan coordinar dicha finalidad protectora con la flexibilidad que requiere el tráfico comercial internacional<sup>15</sup>, procede aludir al siguiente caso de agencia comercial internacional: la jurisdicción francesa declaró en un primer momento su incompetencia para conocer de un litigio planteado por un agente domiciliado en este país frente a su empresario italiano. Así, el tribunal de apelación alegó que en el contrato se contenía una cláusula atributiva de jurisdicción a los tribunales de Milán. A pesar de que el contrato no había sido firmado por el actor, se estimó que dicha cláusula era válida, ya que el agente se había referido expresamente a ella en el escrito de demanda y además la relación de agencia se venía desarrollando desde hacía más de dos años. Sin embargo, esta decisión fue posteriormente casada, declarándose —correctamente— que dicho convenio atributivo de competencia, al no haber sido firmado por el agente, no cumplía con el requisito del artículo 17.1 CB («deberá celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita»)<sup>16</sup>.

Procede concluir este breve análisis precisando las consecuencias que en el ámbito del Reglamento comunitario derivan de este ejercicio de la

---

contratos de agencia internacional). Así, se priva de eficacia tanto a los pactos que sean contrarios a las disposiciones del Reglamento que limitan el ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de seguro, consumo o trabajo (artículos 13,17, y 21 R), como a los que derogan la competencia de tribunales exclusivamente competentes en virtud del artículo 22 R.

<sup>14</sup> El Reglamento 44/2001 repite en este punto la redacción del artículo 17 CB, pero introduce un apartado segundo en el que se alude a la transmisión realizada por medios electrónicos.

<sup>15</sup> Se estima que, de las tres condiciones de forma que recoge el Reglamento alternativamente, los problemas que planteen los contratos de agencia internacional se van a vincular mayoritariamente con el primer apartado del artículo 23.1 R. Los otros dos apartados se han incluido pensando más en una relación comercial que genera una multiplicidad de contratos *inter partes*, y no tanto en una relación continuada —como la de agencia— que se fundamenta normalmente en un único pacto inicial.

<sup>16</sup> Adecuadas son las observaciones de Audit respecto a este supuesto: el caso litigioso no responde a la hipótesis de un «convenio atributivo celebrado verbalmente con confirmación escrita» porque en el acuerdo verbal no se hizo —como se exige en la jurisprudencia del TJCE— una referencia expresa a la sumisión a la jurisdicción italiana (se supone por tanto, que el caso habría de subsumirse en el requisito de que el convenio atributivo se celebre «por escrito» —situación que no puede estimarse cumplida por no haber firmado el agente—). *Vid.*, Civ. 1., Sentencia de 3 de diciembre de 1985, AUDIT, B., «Informations rapides», *Dalloz* 1986, pp. 267-268.

autonomía de la voluntad. El artículo 23.1 R declara: «tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes». El precepto está proclamando, por tanto, que los efectos *inter partes* de la cláusula de sumisión dependen de la voluntad de estos sujetos. En principio, el pacto competencial produce tanto efecto prorrogatorio como derogatorio; es decir, los tribunales elegidos por las partes serán exclusivamente competentes para conocer de la controversia<sup>17</sup>. Pero el artículo 23 R también permite que las partes realicen un pacto que sólo favorezca a una de ellas<sup>18</sup>. En estos casos, la consecuencia jurídica recogida en el artículo 17 CB (la parte favorecida por el convenio

<sup>17</sup> Frente a esta concepción asentada en el marco comunitario, ha de señalarse —por lo que pueda afectar a contratos de agencia internacional—, que en países fundamentalmente de Latinoamérica y del ámbito islámico, la cláusula atributiva de competencia a un tribunal extranjero no produce sin embargo el efecto derogatorio en el foro. Así, en algunos países (Bolivia, República Dominicana, Honduras, Jordania, Colombia, Paraguay, Katar, Túnez...) la competencia de los tribunales del foro subsiste siempre, aunque las partes hubiesen pactado la competencia de órganos judiciales extranjeros. En otros Estados (Brasil, Líbano, Nicaragua, Omán, Emiratos Árabes...), serán competentes los tribunales locales —a pesar del pacto en contrario— si una parte es nacional de ese Estado. En Ecuador rige una norma peculiar, según la cual sólo se reconoce el efecto prorrogatorio y derogatorio de una cláusula de este tipo si el contrato que lo contiene fue firmado fuera de Ecuador y por su parte, las normas de Jemen proclaman la competencia de sus tribunales siempre que el contrato que plantea la controversia se realizase o debiese cumplir en este país. Respecto a estas regulaciones (cuyos efectos se extienden al plano de la ejecución de sentencias extranjeras), *vid.*, los distintos informes nacionales de DETZER, K., y ZWERNEMMAN, D., *Ausländisches Recht der Handelsvertreter und Vertragshändler*, Heidelberg 1997.

<sup>18</sup> En un supuesto de distribución exclusiva entre una empresa con sede en Italia y otra con sede en España, se cuestionaron los efectos de la siguiente cláusula competencial: «todo litigio que se desprenda de dicho contrato será sometido a la jurisdicción exclusiva del tribunal competente en Varese (Italia), sin perjuicio de los derechos que posea el vendedor para iniciar procesos legales en los tribunales del país en el que se halla establecido el distribuidor o donde tenga un centro de actividades comerciales». Esta cláusula es subsumible en el artículo 17.4 CB, ya que presenta las características que apunta el TJCE en el asunto 22/85, *Rudolf Anterist contra Credit lyonnais* («deben considerarse cláusulas cuyos términos muestran que las mismas se estipularon a favor solamente de una de las partes, aquellas que precisen ante qué tribunales cada una de las partes debe demandar a la otra, pero que atribuyan a una de ellas la posibilidad de elegir entre un número más amplio de órganos jurisdiccionales»). Respecto de esta SAP Barcelona de 11 de marzo de 1997, *vid.*, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *REDI* 1998, I, pp. 326-330

atributivo de competencia «conservará su derecho de acudir ante cualquier otro tribunal que fuere competente en virtud del presente convenio») se entiende que subsiste en la actualidad a pesar de la diferente redacción que presenta el artículo 23.1 R<sup>19</sup>. En relación con los efectos frente a terceros de estas cláusulas jurisdiccionales, ha de señalarse que estos se estiman bastante escasos en materia de agencia internacional<sup>20</sup>.

Por lo que respecta a la sumisión tácita, ésta aparece regulada en el artículo 24 R, y su redacción se corresponde plenamente con la que contenía el CB. Si un caso de agencia comercial encaja dentro del ámbito de aplicación del artículo 24 R<sup>21</sup>, este precepto prevalecerá —salvo en lo referente a competencias exclusivas, que no intervienen en litigios de agencia— sobre los demás foros del Reglamento. Ello implica que la comparecencia del demandado junto con la no impugnación de la competencia judicial internacional habrán supuesto una atribución competencial a favor de esos tribunales.

### 3. FORO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

El Reglamento 44/2001 (y en el mismo sentido, los Convenios de Bruselas y de Lugano), inicia su artículo 5.1 recogiendo el siguiente foro especial: «las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro, en materia contractual, ante el tribunal

<sup>19</sup> VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho...*, *op. cit.*, esp. p. 210.

<sup>20</sup> En este sentido, la CA París 1. Ch de 16 de junio de 1999 considera que la cláusula atributiva de jurisdicción que se contenía en un contrato de agencia internacional no puede oponerse a otra sociedad, ya que ésta última no presentaba ningún vínculo jurídico o financiero con el agente comercial. *Vid.*, «Informations rapides», *Dalloz* 1999, pp. 227-228. Un tercero sí podría verse afectado por una cláusula de sumisión en casos de cesión de contrato de agencia o subrogación (*vid.*, al respecto el TJCE 71/83: «en lo que atañe a la relación entre el porteador y el tercero tenedor, se cumplen los requisitos que establece el artículo 17 del Convenio cuando se ha reconocido que dicha cláusula es válida en las relaciones entre el cargador y el porteador, y, en virtud del derecho nacional aplicable, el tercero tenedor, al adquirir el conocimiento de embarque, ha sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones»).

<sup>21</sup> Presentando las distintas opiniones doctrinales en torno al ámbito de aplicación de este precepto, *vid.*, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho...*, *op. cit.*, esp. p. 226.



del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda». Con la finalidad de sopesar su incidencia en los casos de agencia internacional, se va a analizar a continuación este precepto, que ofrece al actor un foro alternativo frente al criterio atributivo general del domicilio del demandado (artículo 2). Este estudio comienza presentando cómo se ha venido interpretando y aplicando el artículo 5.1 de los Convenios de Bruselas y Lugano a este tipo de relaciones contractuales y una segunda parte del presente epígrafe se va a dedicar a examinar cómo inciden en la figura de la agencia comercial las novedades que se introducen con el artículo 5.1 del Reglamento 44/2001.

### 3.1. EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL ARTÍCULO 5.1 CB/CL

- Atendiendo a los aspectos del artículo 5.1 que se han revelado conflictivos en la práctica judicial referida al CB y CL, cabe señalar en primer lugar que el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) ha optado por definir de forma autónoma la noción «materia contractual». Respecto de la agencia comercial, el Tribunal ha afirmado expresamente en el asunto *Arcado* que: «un litigio relativo a la resolución improcedente de un contrato de agencia comercial autónoma y al pago de comisiones adeudadas en la ejecución de este contrato es un litigio en materia contractual en el sentido del 5.1 CB»<sup>22</sup>. Esta proclamación implica rechazar el argumento de la parte demandada, que abogaba por caracterizar a la reclamación indemnizatoria como un cuasidelito y defendía por ello la intervención en estos casos del artículo 5.3 CB<sup>23</sup>. En consonancia con esto, actualmente se descarta tanto doctrinal como jurisprudencialmente la aplicación del *forum delicti* a los litigios de agencia comercial<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> *SPRL Arcado contra SA Haviland*, asunto 9/87, STJCE de 8 de marzo de 1988. Al respecto, *vid.*, GAUDEMET-TALLON, H., «Comentario al caso Arcado», *RCDIP* 1988, pp. 610-616.

<sup>23</sup> Para fundamentar la calificación contractual de las citadas pretensiones, el TJCE acude a la a los artículos 15 y 17 de la Directiva 86/653 y también alude al artículo 10 c) del Convenio de Roma, que incluye dentro del ámbito de la ley aplicable al contrato las consecuencias del incumplimiento total o parcial de las obligaciones que el contrato genere.

<sup>24</sup> Negando la aptitud del 5.3 CB para ser foro en una reclamación indemnizatoria por ruptura abusiva de una relación entre un representante de comercio francés y su

• En segundo lugar, la concreción de cuál es la «obligación que sirviere de base a la demanda» la realizó el TJCE en el asunto *de Bloos*. En este litigio en materia de distribución en exclusiva se declaró que: «la obligación que se debe tener en cuenta es la correspondiente al derecho contractual que sirve de fundamento a la acción judicial del demandante»<sup>25</sup>. A la hora de precisar esta obligación relevante, el Tribunal distinguió entre, por un lado, obligaciones que emanan del contrato y cuyo incumplimiento se invoca para justificar la pretensión del demandante, y por otro lado, obligaciones que son autónomas según la *lex causae*<sup>26</sup>. Para clarificar esta distinción —que tiene importantes repercusiones en la atribución competencial— imagínese un supuesto de agencia internacional que se rija por la Ley española 12/92<sup>27</sup>. Por un lado, la reclamación de daños y perjuicios por resolución unilateral de un contrato de duración indefinida es la respuesta del agente frente a un empresario que por ejemplo no cum-

empresario belga, *vid.*, GAUDEMET-TALLON, H., «Comentario a la Sentencia de la Cour d'appel d'Angers de 29 de enero de 1980», *RCDIP* 1981, pp. 118-126, esp. p. 123. En el mismo sentido y ante un caso de contrato de distribución comercial internacional, la Audiencia Provincial de Barcelona proclama: «no comparte la sala el criterio del recurrente de que la acción de enriquecimiento injusto que ejercita de modo principal el actor deba encuadrarse en los cuasicontratos, porque la existencia de un enriquecimiento injusto es consecuencia de que la resolución unilateral del contrato se ha verificado sin causa justificada de clase alguna, por lo que la indemnización compensatoria no se encuentra desligada del contrato mismo y de las causas o motivos de su extinción. Así, en la nueva legislación del afín contrato de agencia (...) la propia norma anuda a la conclusión del contrato la llamada indemnización por clientela, además de la indemnización por daños y perjuicios, cuando el empresario denuncie unilateralmente el contrato, por lo que no puede afirmarse que la obligación no tenga su origen en el propio contrato». *Vid.* (no estimándose correcta la interpretación que el autor realiza en este punto) MILANS DEL BOSCH PORTOLES, I., Auto AP de Barcelona de 2 de junio de 1994, *REDI* 1995, II, pp. 371-374.

<sup>25</sup> *De Bloos*, *SPRL contra Société en commandite par actions Bouyer*, Asunto 14/76, STJCE de 6 de octubre de 1976.

<sup>26</sup> En estas materias, *vid.*, en la doctrina española: PELLISÉ DE URQUIZA, C., *Los contratos de distribución comercial*, Barcelona 1999, pp. 85-96.

<sup>27</sup> *Lex causae* que se habrá determinado según establecen los artículos 3 y 4 del Convenio de Roma (al respecto, *vid.*, RUEDA VALDIVIA, R., «El contrato internacional de agencia comercial: un análisis desde la perspectiva del Derecho aplicable», *Derecho de los negocios* 1997, pp. 17-40). En otros países como Francia está en vigor el Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, por lo que la curia acude en la práctica a este texto en supuestos de agencia internacional. *Vid.*, MUIR WATT, H., «Comentario a los casos Figot y Anypex», *RCDIP* 2000, pp. 473-480, esp. p. 478.

plió su deber de preavisar por escrito sobre la extinción<sup>28</sup>. En este caso, nos hallamos ante una pretensión indemnizatoria sustitutoria y de ahí que la obligación que sirva de base a la demanda sea la obligación originaria e incumplida de preavisar. Pero por otro lado, la extinción del contrato de agencia también puede dar lugar a reclamar una indemnización por clientela a favor del agente<sup>29</sup>. La mayoría de la doctrina comparada estima que una pretensión de esta naturaleza ya no se fundamenta en la transgresión del contrato, sino que es una indemnización compensatoria vinculada en genérico a la extinción contractual<sup>30</sup>. Considerando que en nuestro derecho sustantivo rige una concepción análoga<sup>31</sup>, esta obligación autónoma será *per se* —en el sentido del 5.1— la obligación que sirve de base a la demanda<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Al respecto, *vid.*, los artículos 25 y 29 de la ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre contrato de agencia.

<sup>29</sup> *Vid.*, el artículo 28 de la citada ley española.

<sup>30</sup> En este sentido, Gothot y Holleaux definen a la indemnización autónoma como aquella «ayant des éléments générateurs propres, c'est-à-dire comme ne procédant pas, ou pas uniquement, de la transgression du contrat» y señalan como ejemplo de tales la indemnización de clientela que el artículo 751.9 del Código de trabajo francés concede al *Voyageur Représentant Placier* (VRP) o la indemnización que el artículo 3 del Decreto de 23 de diciembre de 1958 concede a los agentes comerciales (figuras contractuales ambas cercanas al contrato de agencia). *Vid.*, GOTHOT, P., y HOLLEAUX, D., *La Convention de Bruxelles du 27.9.1968, Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Francia 1985, esp. pp. 33 y 34. En contra de tal concepción, Gaudemet estimó que la alegada autonomía de la indemnización de clientela para los VRP es más una cuestión de grado que de naturaleza. Así, la autora consideró que aunque la figura posea caracteres propios, sigue no obstante teniendo como origen la violación de una obligación contractual originaria (*vid.*, GAUDEMÉT-TALLON, H., «Comentario a la Sentencia de la Cour d'appel d'Angers de 29 de enero de 1980», *RCDIP* 1981, pp. 118-126, esp. p. 125). No obstante este último planteamiento ha de entenderse superado en la actualidad por varias decisiones judiciales francesas que reconocen la autonomía de esta obligación. Así lo ha declarado la *Cour d'appel* de París en Sentencia de 17 de febrero de 1999 respecto de la indemnización compensatoria regulada en el artículo 12 de la ley 91/593 sobre agentes comerciales (*vid.*, el comentario de Audit en *Sommaires commentés*, Dalloz 1999, pp. 289-290) y en el mismo sentido, *vid.*, las dos sentencias de agencia comentadas por: MUIR WATT, H., *op cit.*, pp. 473-480.

<sup>31</sup> Respecto a ello, *vid.*, PELLISÉ DE URQUIZA, C., *op. cit.*, esp. p. 96.

<sup>32</sup> Ello supone, como se desarrollará posteriormente, que la precisión del foro competencial que se deduce del 5.1 se realizará partiendo directamente de esta obligación autónoma. Tomando como ejemplo un supuesto de agencia internacional del que conocen los tribunales franceses, la indemnización por clientela que reclama un

Tal y como se ha señalado, la sentencia *de Bloos* insta una solución definida por la doctrina como analítica, que prescindiendo de otros posibles criterios como el de la prestación característica, impone un análisis individualizado de cada una de las obligaciones en que se fundamenta la demanda (muy significativo es el apelativo utilizado por Tebbens al respecto —*the dissecting knife*—)<sup>33</sup>. Para el contrato de agencia comercial internacional, en el que habitualmente se alegan una pluralidad de pretensiones, ello puede traer consigo un fraccionamiento de la competencia judicial. Así sucederá si se determina que las distintas obligaciones que sirven de base a la demanda no han de cumplirse todas en el mismo Estado. Dadas las evidentes dificultades que se derivan de esta concepción atomizante, la doctrina y la jurisprudencia han propuesto y han puesto en práctica —con un éxito más bien escaso— varias «vías reagrupadoras», que se van a analizar a continuación.

a) En el asunto *Ivenel*, el TJCE hubo de responder a un litigio en que un demandante, domiciliado en Francia y representante de comercio de una empresa domiciliada en Alemania, reclamaba frente a ésta el pago de comisiones y de indemnizaciones por clientela, vacaciones retribuidas y preaviso. Constatando la escisión competencial a que conduce la aplicación de la tesis *de Bloos* en estos casos de pretensiones múltiples, el TJCE introdujo una excepción a tal, al declarar que: «la obligación que se ha de tener en cuenta para la aplicación del 5.1, en caso de demandas fundadas en distintas obligaciones derivadas de un contrato de representación que vincula a un trabajador por cuenta ajena con una empresa, es la que caracteriza dicho contrato»<sup>34</sup>. Ante este viraje en favor de la obli-

---

agente francés a su empresa holandesa ha de ser satisfecha (según el artículo 1247 del Código Civil francés) en el domicilio del deudor, lo que conduce a afirmar la incompetencia de los tribunales franceses respecto de dicha pretensión. Vid., HUET, A., «Comentario a la sentencia de la Cour d'appel de Paris, 1. Chambre, sección D, de 21 de mayo de 1997», *Journal du droit international* (en adelante, *JDI*) 1998, pp. 133-136, esp. pp. 134-135.

<sup>33</sup> TEBBENS, H. D., «Possible revision of the Brussels and Lugano Conventions in the light of the case law of the Court of Justice of the European Communities», en VV. AA., *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Madrid 1998, pp. 41-58, esp. p. 43.

<sup>34</sup> *Roger Ivenel contra Helmut Schwab*, Asunto 133/81, STJCE de 26 de mayo de 1982. Al respecto, vid., MEZGER, E., «Einheitlicher Gerichtsstand des Erfüllungsorts verschiedenartiger Ansprüche eines Handelsvertreters- Art. 5.1 GVÜ», *IPRax* 1983, pp. 153-156.

gación característica, la doctrina se interesó en argumentar (pese a que el TJCE se refería claramente en su sentencia a un *trabajador por cuenta ajena*) sobre cuál debería ser realmente el ámbito de aplicación material de la regla *Ivenel*. Así, Gaudemet-Tallon estimó que los argumentos manejados por el TJCE para justificar la introducción de esta excepción respecto del contrato de trabajo (evitar la dispersión de la competencia y lograr la proximidad litis-juez, la identidad *forum-ius* y la protección de la parte débil) igualmente se podían predicar de otras relaciones contractuales no laborales. En este sentido y por lo que respecta al objeto del presente estudio, la citada autora apunta que en contratos como el de agencia la situación del agente puede ser próxima a la de un sujeto subordinado, existiendo «au moins en fait sinon de droit» una situación de dependencia<sup>35</sup>. Un planteamiento parejo subyace en la siguiente argumentación del Tribunal Supremo austriaco respecto de un litigio entre un agente domiciliado en Austria y su empresario finés: el artículo 5.1.2 CB podría aplicarse en materia de agencia comercial si la dependencia económica del agente es equiparable a la dependencia personal propia de los contratos de trabajo<sup>36</sup>.

Dicha concepción, que lograría la unidad jurisdiccional en la aplicación del artículo 5.1 para casos de agencia, es sin embargo más difícil de sustentar en la actualidad. Ello es consecuencia de varios factores que coactúan: la jurisprudencia posterior del TJCE ha proclamado claramente el carácter restrictivo de esta excepción<sup>37</sup>; el contrato de trabajo se ha desvinculado estructuralmente del artículo 5.1 (en el Reglamento 44/2001 dispone ya de una sección propia cuyas nociones son interpretadas autóno-

<sup>35</sup> GAUDEMET-TALLON, H., «Comentario al caso *Ivenel c. Schwap*», en *RCDIP* 1983, pp. 116-126, esp. pp. 124-125.

<sup>36</sup> Sentencia OGH de 20 de enero de 1999, *Österreichische Juristenzeitung* 1999, pp. 504-506, esp. p. 505.

<sup>37</sup> Así, en el asunto *Shenavai* el TJCE precisa que los contratos de trabajo presentan unas particularidades propias en relación con los otros contratos («crean una relación duradera que inserta al trabajador en el marco de cierta organización de los asuntos de la empresa o del empresario y en el sentido de que se ubican en el lugar del ejercicio de las actividades, lugar que determina la aplicación de disposiciones de derecho obligatorio y de convenios colectivos») y que no dándose tales especificidades «ni son necesarias ni están indicadas la identificación de la obligación que caracteriza al contrato y la centralización de la competencia judicial en su lugar de cumplimiento», ya que tal «podría ocasionar incertidumbres acerca de la competencia judicial en dichos otros casos». *H. Shenavai contra K. Kreischer*, Asunto 266/85, STJCE de 15 de enero de 1987.

mamente por el TJCE)<sup>38</sup> y la Directiva 86/653 y sus respectivas transposiciones nacionales recalcan el carácter de intermediario independiente del agente comercial<sup>39</sup>. Por ello, procede —como han venido haciendo varias sentencias alemanas<sup>40</sup>— negar la aptitud de acudir al *forum loci laboris* del artículo 19R para sustentar en él la competencia judicial internacional en materia de agencia internacional<sup>41</sup>. Además, así lo han declarado recientemente el TJCE y el abogado general Lèger respecto del asunto *Leathertex*, —que será analizado con más detalle posteriormente—: «no creo que, en lo que atañe al equilibrio de las relaciones entre las partes contratantes, un contrato como el de agencia comercial sea comparable con un contrato de trabajo. La relación de dependencia económica en la que se encuentra respecto de su mandante no es tal que el mandatario deba necesariamente, por su propia condición, considerarse la parte más débil. Jurídicamente independiente, el agente comercial dispone de un margen de maniobra importante en la organización de su actividad. Salvo que una cláusula de exclusividad se lo impida, puede, además, estar vinculado a varios mandantes, hecho que puede asegurarle un volumen de negocio mínimo que anule una posible dependencia. Por lo demás, no existe nor-

<sup>38</sup> Efectivamente, la jurisprudencia del TJCE influyó en que se adicionase al artículo 5.1 CB un segundo apartado referido a los contratos individuales de trabajo y actualmente esta materia ya se ha desmembrado por completo del foro contractual.

<sup>39</sup> *Vid., infra.*, epígrafe cuarto del presente artículo.

<sup>40</sup> En una *litis* entre un agente domiciliado en Alemania y su empresario belga, el OLG Hamm se declaró incompetente para decidir sobre el pago de comisiones atrasadas (el artículo 269.1 BGB establecía como lugar del pago de la comisión la sede del deudor). El tribunal consideró que la realización en Alemania de las actividades derivadas de la agencia (obligación característica) no justificaba —vía 5.1.2 CB— la competencia de los tribunales de este país, máxime cuando el agente no era un sujeto necesitado de una especial protección. *Vid., Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 1982*, pp. 399-400 y también respecto de una alegación compensatoria de agencia, *vid., Sentencia del BGH de 12 de mayo de 1993, Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 1993*, pp. 309-314, esp. p. 312.

<sup>41</sup> En la actualidad, las dudas de la profesora Gaudemet respecto a la posibilidad de que un contrato de agencia pudiera llegar a subsumirse en el foro de trabajo, se han disipado. Así, la autora afirma taxativamente que: «ce n'est pas parce que la solution générale donnée à la première phrase de l'article 5.1 est mauvaise qu'il faut pour autant confondre des catégories juridiques qui restent distinctes». *Vid., GAUDEMET-TALLON, H., «Comentario al asunto Leathertex», RCDIP 2000*, pp. 76-88, esp. p. 86.

mativa comparable con el derecho aplicable a los contratos de trabajo, cuyo contenido imperativo se impone en el lugar de cumplimiento del contrato. La ley aplicable puede ser la elegida por las partes»<sup>42</sup>.

b) En la práctica judicial posterior al asunto *de Bloos*, se constata cómo los órganos judiciales esquivan *de facto* los rigores de la solución analítica, ya que, con independencia de que no lo sean atendiendo a las pautas dictadas por el TJCE, se declaran unitariamente competentes para conocer de la totalidad de las pretensiones alegadas. A modo de ejemplo, un representante de comercio francés reclamó a su empresario belga una pluralidad de indemnizaciones<sup>43</sup> (daños y perjuicios por despido abusivo e indemnización por clientela, por no atender el plazo de preaviso y por vacaciones)<sup>44</sup>. El tribunal de apelación de Angers se reputó competente para conocer de todas las alegaciones del demandante en este caso, a pesar de que la doctrina francesa ha señalado que, en puridad, eran los tribunales belgas quienes deberían haber decidido sobre algunas de estas reclamaciones<sup>45</sup>. Reconociendo las dificultades prácticas que se derivan de la teoría *de Bloos* para los supuestos en existen varias obligaciones que se desprenden de un mismo contrato y que sirven de base a la acción interpuesta por el demandante, el TJCE concedió un alivio a los órganos jurisdiccionales nacionales al declarar en el asunto *Shenavai* que «el juez al que se ha acudido habrá de orientarse, para determinar su competencia, de acuerdo con el principio según el cual lo accesorio sigue a lo principal», de forma que «será la obligación principal, entre varias obligaciones en cuestión, la que establezca su competencia»<sup>46</sup>. La proclamación de esta regla *accessorium sequitur principale* fue valorada también de forma positiva por la doctrina, ya que tal permite que todas las pretensiones sean válidamente resueltas por un único tribunal (el competente para conocer de la

<sup>42</sup> Puntos 170-171 de las conclusiones del Abogado General Lèger respecto de *Leathertex Divisione Sintetice SpA y Bodetex BVBA*, Asunto C-420/97, STJCE de 5 de octubre de 1999.

<sup>43</sup> Apréciase que aunque en derecho francés se consideraba que esta relación era laboral, en este caso concreto aún no pudo entrar en juego el criterio de la *obligación característica*, pues el TJCE todavía no había dictado la Sentencia *Ivenel*.

<sup>44</sup> GAUDEMET-TALLON, H., «Comentario a la Sentencia de la Cour d'appel d'Angers de 29 de enero de 1980», *RCDIP* 1981, pp. 118-126, esp. p. 123.

<sup>45</sup> GAUDEMET-TALLON, H., *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, París 1993, esp. p. 114.

<sup>46</sup> *H. Shenavai contra K. Kreischer*, Asunto 266/85, STJCE de 15 de enero de 1987.

obligación principal). Aun así, tal planteamiento, que ya había sido defendido por el abogado general Reischl al hilo del asunto *Ivenel*<sup>47</sup>, ha suscitado una serie de dudas:

b.1) *A priori*, la identificación de la obligación principal puede hacerse, bien atendiendo a la *lex causae*, bien a través de elementos fácticos. Como se ha señalado, ninguno de estos dos métodos está exento de dificultades. Si para realizar esta precisión se aplica la ley que rige el fondo del litigio, el juez se verá obligado a precisar tal ley, lo que puede ser un esfuerzo baldío en caso de que, por ejemplo, este derecho aplicable no establezca una jerarquía entre las obligaciones. Si por el contrario se realiza una determinación fáctica, lo complicado es decidir cuál es el criterio dirimente, esto es, aquel que individualice la obligación principal (prestación característica, cuantía reclamada, fecha de exigibilidad, obligación contractual o legal...) <sup>48</sup>. La práctica judicial referida al contrato de agencia —en los casos en que hace alguna proclamación expresa al respecto <sup>49</sup>— se inclina por la segunda opción de las citadas y suele tener en cuenta cuál es la pretensión de mayor volumen económico. Así, la *Cour d'appel* de París en un litigio del año 1997 en que el agente exclusivo para Francia reclamaba a la empresa holandesa una indemnización por clientela de 919.000 francos, proclamó expresamente que ésta era la obligación principal, ya que su montante era claramente superior al de las otras pretensiones ejercitadas (indemnización por daños y perjuicios e indemnización por falta de preaviso —respectivamente, 500.000 y 300.000 francos) <sup>50</sup>.

Este argumento económico había sido utilizado ya en una sentencia del año 1991 para otorgar competencia *ad totum* a los tribunales franceses. En el caso, el juez estima que la reclamación que interpone el agente francés contra el empresario italiano por impago de comisiones es menos cuantiosa que la pretensión referida a la indemnización por ruptura abusiva, lo

<sup>47</sup> Respecto a esta propuesta, secundada por Gaudemet-Tallon, *vid.*, GAUDEMET-TALLON, H., «Comentario al caso *Ivenel c. Schwap*», *RCDIP* 1983, pp. 116-126, esp. pp. 125-126.

<sup>48</sup> BISCHOFF, J. B., y HUET, A., «Comentario al caso *Shenavai*», *JDI* 1987, pp. 465-472, esp. pp. 469-470.

<sup>49</sup> El TJCE en el asunto *Leathertex* declara que: «incumbe al juez nacional apreciar la importancia relativa de las obligaciones contractuales objeto del litigio en el procedimiento principal», pero no hace ninguna referencia al mecanismo a seguir para apreciar tal.

<sup>50</sup> Sentencia *Cour d'appel* de París, 1. Chambre, section D, de 21 mayo 1997, *Informations rapides*, *Dalloz* 1997, pp. 149-150.



que le conduce a afirmar que esta última es la obligación litigiosa principal. Ello hace que el tribunal ignore que Italia es el lugar en que debieran haberse pagado las comisiones (obligación secundaria) y conduce a que el órgano jurisdiccional francés dé respuesta a la totalidad de las pretensiones ejercidas por el agente comercial (ya que Francia es el lugar de ejecución de la obligación de indemnizar por ruptura abusiva —obligación principal—)<sup>51</sup>. A este criterio monetario se le puede reprochar que podría temerse que un demandante llegase a alterar el montante de sus distintas pretensiones, con objeto de determinar así, de forma indirecta, los tribunales de que Estado serán competentes con base en el artículo 5.1<sup>52</sup>. Tal vez para evitar parámetros fácilmente moldeables, el TJCE ha mostrado recientemente en el caso *Concorde* su preferencia por la intervención de la *lex causae* en esta materia: «en el supuesto de pluralidad de obligaciones, determinar la obligación principal, difícilmente podrá ser resuelto sin una referencia a la ley aplicable»<sup>53</sup>

b.2) Ha sido también en el ámbito jurídico galo donde se ha debatido si la regla proclamada en el asunto *Shenavai* (lo secundario sigue lo principal) tiene carácter imperativo o facultativo. Aunque la redacción de esta sentencia («será la obligación principal, entre varias obligaciones en cuestión, la que establezca su competencia») parece significar que el juez que es incompetente para conocer de la reclamación principal lo es también respecto de las otras pretensiones ejercitables, la doctrina se inclina no obstante por defender el planteamiento contrario: este juez sí que podría decidir sobre las obligaciones secundarias. De esta forma se evitan los conflictos negativos de competencia que podrían producirse cuando, vistas las incertidumbres inherentes a la determinación de cuál es la obligación principal, ninguno de los tribunales a que se acudiese considerase que la obligación alegada era la principal (y, aceptado el carácter imperativo de la regla *Shenavai*, se declarase por tanto incompetente para conocer de las otras pretensiones)<sup>54</sup>.

Plasmando el razonamiento doctrinal recién expuesto de la facultatividad, la ya citada sentencia de la *Cour d'appel* de Paris del año 1997 con-

<sup>51</sup> Sentencia 1. ch. Urg de Paris, 22 de mayo de 1991, *Sommaires Commentés, Dalloz* 1992, pp. 164-165.

<sup>52</sup> Sentencia 1. ch. Urg de Paris, 22 de mayo de 1991, *op cit.*, esp. p. 164.

<sup>53</sup> *Vid.*, *GIE Groupe Concorde y otros contra Capitán del buque Suhadiwarno Panjan y otros*, asunto C- 440/97, STJCE de 28 de septiembre de 1999, punto 26.

<sup>54</sup> BISCHOFF, J. B., y HUET, A., *op. cit.*, esp. p. 471.

sideró que, aunque la obligación principal (indemnización por clientela) debía cumplirse en Holanda, el órgano judicial galo era aún así competente para decidir sobre las obligaciones secundarias (daños y perjuicios e indemnización por falta de preaviso), ejecutables en Francia<sup>55</sup>. Pese a la unanimidad de la doctrina francesa a favor de esta concepción, podría empero alegarse que, aparte de que tal genera una dispersión competencial contraria al objetivo unificador perseguido por la regla *Shenavai*, en ocasiones al demandante no le «interesa» ejercitar la pretensión secundaria ante un tribunal distinto del que conoce de la principal. En este sentido, la también citada sentencia del TS austriaco señala que siendo Finlandia el lugar en que ha de cumplirse la obligación pecuniaria principal, el demandante «no gana nada» con que se reconozca que Austria es el lugar en donde ha de cumplirse la obligación secundaria de exhibición de contabilidad (lo cual es, por otra parte, discutible)<sup>56</sup>, ya que ésta última es una pretensión accesorio que se ejercita únicamente para facilitar la puesta en práctica de la pretensión principal (y como no tiene sentido disociarlas, el tribunal austriaco declara su incompetencia absoluta respecto a este caso)<sup>57</sup>.

El efecto dispersador de esta práctica francesa recién citada, ha sido premonitorio del «desgaje competencial» a que conduce la solución aportada por el TJCE en el año 1999 al asunto *Leathertex*. En este supuesto, una sociedad domiciliada en Bélgica, que había sido el agente comercial para Bélgica y Holanda de una empresa domiciliada en Italia, reclamaba a esta última tanto una indemnización compensatoria por falta de preaviso como el pago de varias comisiones atrasadas. Partiendo de que el juez nacional ante el que se planteó el caso había considerado que ambas pretensiones eran equivalentes y que la primera citada debía cumplirse en

<sup>55</sup> *Vid. supra*, nota a pie de página número 50 y HUET, A., «Comentario a la sentencia de la cour d'appel de Paris, 1. Chambre, section D, de 21 mayo 1997», *JDI* 1998, pp. 133-136, esp. p. 135.

<sup>56</sup> Más adecuado parece el planteamiento que se sigue en este caso: los tribunales holandeses se han declarado incompetentes para decidir sobre el derecho de un agente domiciliado en Holanda a conocer la contabilidad de su empresario belga. En este supuesto se estima que la obligación que sirve de base a la demanda —mostrar los libros contables— ha de ser cumplida en Bélgica (lugar de domicilio del empresario). *Vid.*, BITTER, «Handelsvertreterrecht in Holland» en GRAF VON WESTPHALEN, F., *Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz*, Colonia 1995, esp. p. 845.

<sup>57</sup> *Vid. supra*, nota a pie de página número 36.

Bélgica pero la segunda en Italia, el TJCE ha proclamado que el artículo 5.1 «debe interpretarse en el sentido de que el mismo juez no es competente para conocer en su integridad de una demanda basada en dos obligaciones equivalentes derivadas de un mismo contrato, cuando, según las normas de conflicto del Estado de dicho juez, tales obligaciones deben cumplirse una en este Estado y otra en un Estado contratante distinto»<sup>58</sup>. Esta solución plantea abundantes dudas sobre cómo saber si nos hallamos ante obligaciones equivalentes, o por el contrario, ante «obligaciones jerarquizadas»<sup>59</sup>. Igualmente, tal concepción invalida —al menos respecto de una tipología de casos— los esfuerzos en pos de lograr la unidad competencial frente a litigios de agencia internacional en los que se ejercitan una pluralidad de pretensiones.

c) El abogado general Lèger hace referencia en sus conclusiones al asunto *Leathertex* a la siguiente propuesta la Comisión para evitar la dispersión competencial: «el juez competente para conocer de una de las demandas basadas en obligaciones equivalentes también es competente para conocer de la otra si entre ambas demandas existe una relación tan estrecha que, en interés de una buena administración de justicia, resulta oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo para evitar soluciones contradictorias»<sup>60</sup>. La misma Comisión reconoce que en el supuesto de agencia enjuiciado no es posible que intervenga directamente el artículo 22 CB (actualmente, 28 R), ya que uno de los requisitos para que pueda jugar la excepción de conexidad es que existan varios procesos pendientes ante tribunales de Estados distintos. Dado que ese caso litigioso se ha planteado únicamente ante los tribunales belgas y que el artículo 22CB no tiene como función la atribución directa de competencia, lo que la Comisión defiende aquí es que la esencia de la conexidad recogida en este precepto se aplique a la interpretación del artículo 5.1, de forma que se evite con

<sup>58</sup> Criticando esta jurisprudencia, *vid.*, MANKOWSKI, P., «Comentario al caso *Leathertex*», en *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 1999, pp. 1117-1118.

<sup>59</sup> La Sentencia de la Cour de cassation francesa de 8 de febrero de 2000 tiene por objeto las reclamaciones de un agente domiciliado en Francia frente a su empresa alemana. Según la profesora Muir, el órgano judicial —aunque sin proclamar expresamente el carácter equivalente de las obligaciones— sigue la regla *Leathertex*, y por ello estima que los tribunales franceses son incompetentes respecto de la indemnización por clientela, pero competentes frente la indemnización por daños y perjuicios y por falta de preaviso. *Vid.*, MUIR WATT, H., *op. cit.*, esp. p. 480.

<sup>60</sup> *Vid.*, *supra*, *Leathertex Divisione...* punto 52 (nota a pie de página número 42).

antelación la producción de situaciones que sí que podrán requerir la intervención *strictu sensu*, del artículo 22.

Tanto Lèger como el TJCE, aun reconociendo el loable fin (unidad jurisdiccional) perseguido por la Comisión, estiman que una interpretación del foro contractual —tal alejada de su tenor literal y de la jurisprudencia que lo desarrolla— es inadmisibile<sup>61</sup>. La misma conclusión imperaba en la doctrina francesa, quien con anterioridad ya había propuesto concederle carácter obligatorio a la excepción de conexidad y había defendido igualmente —como *fuite en avant*— la inclusión en el Convenio de Bruselas de un nuevo criterio atributivo de competencia: la conexidad<sup>62</sup>. Comprobándose que las modificaciones introducidas en el artículo 28 R no se han realizado en el sentido apuntado, siguen por completo vigentes las palabras de Droz en esta materia: *on peut toujours rêver...*<sup>63</sup>. Ya que la conexidad no puede evitar *a priori* la dispersión jurisdiccional, únicamente queda en vigor la posibilidad de acudir al actual artículo 28 R para resolver *ex post* estos casos de pluralidad de pretensiones ejercitadas ante tribunales de Estados distintos. No obstante, y como argumenta Gaudemet Tallon, su incidencia en esta esfera es también limitada. Así, en el asunto *Leathertex*, contando que el demandado no estará interesado en la acumulación de las demandas y que se acude a los tribunales italianos en primer lugar<sup>64</sup>, sería el demandante quien debería invocar ante el tribunal belga el precepto referido a la conexidad, con el objeto de que éste se inhibiese a favor de los tribunales italianos. Pero en este supuesto, se imagina que en la práctica el demandante habría optado por presentar directamente la totalidad de sus reclamaciones ante los tribunales italianos, alegando el foro general del domicilio del demandado —artículo 2 R—, por lo que en este caso no jugaría el artículo 28 R<sup>65</sup>.

• En tercer lugar, la precisión del «lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida» la obligación litigiosa también ha planteado abun-

<sup>61</sup> *Vid., supra* —nota a pie de página número 42— cómo resolvió el TJCE la cuestión prejudicial que se le planteó en este caso.

<sup>62</sup> BISCHOFF, J. B., y HUET, A., *op. cit.*, esp. p. 472.

<sup>63</sup> DROZ, G., «Comentario al asunto Shenavai», *RCDIP* 1987, pp. 798-804, esp. p. 804.

<sup>64</sup> Si se acudiese a los tribunales belgas en primer lugar, no habría ningún criterio que les atribuyese competencia para conocer del segundo litigio, por lo que no podría jugar la excepción de la conexidad.

<sup>65</sup> GAUDEMET-TALLON, H., «Comentario al caso Leathertex», *RCDIP* 2000, pp. 84-88, esp. p. 85.

dantes incertidumbres jurídicas. En el caso de que sean las partes las que acuerden el lugar de cumplimiento, el TJCE decidió en un primer momento que este pacto —que debía referirse a la obligación litigiosa— había de ser válido conforme a la *lex causae*. En consecuencia, no se estimó necesario (dados los distintos objetivos y efectos de ambos preceptos) que el acuerdo cumpliera con los requisitos de aplicabilidad del artículo 17 CB/CL, ya expuestos en un epígrafe precedente<sup>66</sup>. Pero, para evitar los fraudes de ley<sup>67</sup>, el TJCE declaró posteriormente que no admite como pacto *ex* 5.1 aquel que fija «con la única finalidad de determinar un fuero competente, un lugar de cumplimiento que no tenga ningún vínculo efectivo con la realidad del contrato y en el que no pudieran cumplirse las obligaciones derivadas del contrato con arreglo a los términos del mismo»<sup>68</sup>.

A falta de convenio entre las partes, el TJCE proclamó tempranamente que el lugar en que ha de cumplirse la obligación litigiosa «se determina con arreglo a la ley aplicable a la obligación controvertida, según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del asunto»<sup>69</sup>. En esta materia, el TJCE ha permanecido absolutamente fiel al recurso a *lex causae* en jurisprudencia posterior como los casos *Concorde*<sup>70</sup>, *Leathertex*<sup>71</sup> o *Besix*<sup>72</sup>, opción ésta que implica prescindir de otros posibles

<sup>66</sup> Asunto 56/79, *Siegfried Zelger contra Sebastiano Salinitri*, STJCE de 17 de enero de 1980.

<sup>67</sup> Vrellis critica la utilización impropia que en esta situación se hace del término «fraude de ley». El autor considera que no puede calificarse ni sancionarse como tal, el hecho de que el demandante haga uso de una opción que el legislador ha puesto a su disposición. *Vid.*, VRELLIS, S., «Algunas observaciones sobre la designación «fraudulenta» del lugar de cumplimiento de la obligación», TJCE, *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Pamplona 1994, pp. 91-93.

<sup>68</sup> Asunto C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft EG (MSG) contra Les Gravières Rhénanes SARL*, STJCE de 20 de febrero de 1997.

<sup>69</sup> Asunto 12/76, *Industie Tessili Italiana Como contra Dunlop AG*, STJCE de 6 de octubre de 1976.

<sup>70</sup> Muy criticada doctrinalmente ha sido la inamovilidad argumentativa del TJCE en el reciente caso *Concorde* («el lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación debe determinarse con arreglo a la ley por la que se rige la obligación controvertida según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio»). *GIE Groupe Concorde...*, *op cit.*, *supra*, nota 53. Al respecto, *vid.*, ÁNGEL, B., «Comentario al caso *Concorde*», *RCDIP* 2000, pp. 260-264.

<sup>71</sup> *Vid.*, *supra*, nota a pie de página número 42.

<sup>72</sup> *Besix contra Wabag Plafog*, STJCE de 19 de febrero de 2002, Asunto C-256/00.

critérios como la determinación vía *lex fori* o la definición autónoma del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa. Dicho posicionamiento inmovilista ha despertado abundantes críticas doctrinales y jurisprudenciales<sup>73</sup>. Desde el primer ámbito, se apunta —entre otras cuestiones<sup>74</sup>— que el método elegido supone una carga excesiva para los órganos jurisdiccionales, que tal potencia el *forum actoris* y que conduce además a resultados no uniformes (dada la diversidad de los sistemas materiales)<sup>75</sup>. Clara en este último sentido es la sentencia del *Landesgericht Frankfurt am Main* de 1994, que enfrenta a una sociedad con sede en Italia con su agente comercial para Alemania. El tribunal, a la hora de determinar si es competente para conocer de la excepción compensatoria alegada por el agente, deja patente que el resultado será bien distinto dependiendo de cual sea la *lex causae*. Según la norma de conflicto alemana, el derecho sustantivo alemán es aplicable al caso y ello conduce al artículo 269 del BGB germano, que remite al domicilio del deudor en Italia, en calidad de lugar de cumplimiento de la obligación. En cambio, si las partes hubiesen acordado la aplicación del derecho italiano, su artículo 1182 CC estable-

<sup>73</sup> No obstante, diversos autores de la doctrina española han incidido en el «lado positivo» de este artículo 5.1. *Vid.*, BORRÁS, A., «La revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano: una reflexión preliminar española», esp. pp. 21-23 y VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «El Convenio de Bruselas y las propuestas para su reforma: una crítica radical. Artículos 5.1.1, 21, 24 y 27.2», pp. 77-135, esp. pp. 86-102, ambos en VV. AA., *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Madrid 1998. Sin embargo, la nueva realidad legislativa (Reglamento 44/01) se supone que incidirá en la matización de estos planteamientos (de la misma forma que la propuesta de eliminación del 5.1 realizada por Droz hace tiempo ha sido sustituida ahora por una propuesta de modificación de dicho precepto. DROZ, G. A. L., «Delendum est forum contractus? (vingt ans après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)», *Chronique, Dalloz* 1997, pp. 351-356).

<sup>74</sup> Enumerando estas críticas, *vid.*, REQUEJO ISIDRO, M., «Tessili y Concorde, de Bloos y Leathertex, o la determinación del lugar de ejecución de la(s) obligación(es) que da(n) base a la demanda: un tribunal de justicia de las Comunidades Europeas fiel a sí mismo, veintitrés años después», *La Ley* 2000, D-7, pp. 1549-1553, esp. pp. 1549-1550.

<sup>75</sup> Como señala Jayme, aunque la faceta conflictual ha sido unificada por el Convenio de Roma, siguen persistiendo diferencias de contenido en los distintos derechos sustantivos. JAYME, E., «Ein Klägergerichtsstand für den Verkäufer- Der EuGH verfehlt den Sinn des EuGVÜ», *IPRax* 1995, pp. 13-14, esp. p. 13.

ce que el lugar de cumplimiento de las obligaciones dinerarias es por el contrario la sede del acreedor (Alemania en el caso)<sup>76</sup>.

El sector judicial, que corrobora mayoritariamente los reparos recién expuestos, opta en ocasiones por no aplicar la regla *Tessili* y se decanta por localizar el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa con métodos más sencillos: bien a través de la ley del foro, bien por medio de elementos fácticos<sup>77</sup>. En este último sentido y en la jurisprudencia española reciente, un agente domiciliado en Italia reclamó una indemnización por clientela a sus empresarios domiciliados en España. La Audiencia Provincial de Alicante desestimó la excepción de incompetencia alegada por los apelantes, proclamando por tanto la competencia de nuestros órganos jurisdiccionales. Para precisar «el lugar de efectivo cumplimiento de obligaciones de pago asociadas a retribuciones adeudadas al agente», el tribunal enuncia una serie de datos de relevancia (que le conducen a negar la competencia de la curia italiana): «la domiciliación en España al menos de los demandados, la constatación, con independencia del lugar efectivo de desarrollo de su actividad por el presunto agente, de abono en España de prestaciones económicas a su favor derivadas del contrato asimismo no desvirtuado como concertado en España, o incluso, y en el momento de formulación de la demanda, y con independencia de la nacionalidad del demandante, el presunto domicilio en nuestro país del mis-

<sup>76</sup> Sentencia de 13 de julio de 1994, LG Frankfurt am Main, *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre 1995*, número 13, esp. p. 270.

<sup>77</sup> Por haber aplicado estrictamente las pautas que el TJCE ha marcado respecto del artículo 5.1 CB, destaca el siguiente caso de contrato de distribución exclusiva del que conocieron los tribunales españoles: en él, el órgano judicial considera que la obligación principal (indemnizar daños y perjuicios) debería haber sido cumplida en España (es en el domicilio social de la actora donde el concedente debería haber dado el preaviso razonable) y por eso proclama la competencia del juzgado de primera instancia de Tolosa. Aun valorando los rigurosos razonamientos de esta sentencia, Jiménez Blanco defiende una postura menos apegada a la jurisprudencia del TJCE respecto del artículo 5.1 CB (y más en línea con diversas propuestas doctrinales que desean facilitar la aplicación del aludido 5.1): «la interpretación del lugar de cumplimiento de la obligación no tiene por qué basarse únicamente en la designación formal realizada por la *lex causae*, sino en el lugar real donde dicha obligación debe cumplirse». JIMÉNEZ BLANCO, P., «Comentario a la Sentencia del juzgado de primera instancia número 1 de Tolosa, de 13 de enero de 1997», *REDI* 1998, pp. 277-283.

mo aun con las matizaciones que, en su caso, pudieran hacerse sobre este último inciso»<sup>78</sup>.

### 3.2. EL CONTRATO DE AGENCIA Y EL ARTÍCULO 5.1 REGLAMENTO 44/2001

Llegados a este punto, en el que ya se han presentado la multiplicidad de cuestiones jurídicas que se han ido planteando en torno a la aplicación del artículo 5.1 CB/CL a supuestos de agencia internacional, procede analizar a continuación en qué medida la nueva redacción del Reglamento 44/2001 afecta a lo expuesto hasta el momento. Dado que el citado Reglamento comunitario entró en vigor el pasado 1 de marzo de 2002 y atendiendo a la disposición transitoria contenida en su artículo 66, es todavía demasiado pronto para que dispongamos de jurisprudencia al respecto. Por eso, las apreciaciones que se van a realizar serán del tipo teórico-interpretativo y necesariamente deberán ser contrastadas y concretadas en coherencia con el futuro devenir jurisprudencial del TJCE y de las distintas curias nacionales. Como ya se señaló al comienzo de este epígrafe, el inicio del artículo 5.1 R presenta una redacción idéntica (salvo la evidente sustitución del término «Estado contratante» por el de «Estado miembro») a la contenida en CB y CL. Sin embargo, el Reglamento 44/2001 introduce como novedad la siguiente aseveración respecto del «lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda»: «a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será, cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios»<sup>79</sup>.

Tal afirmación (y la contenida en el apartado previo «dicho lugar será, cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías») supone la consagración legislativa de una volun-

<sup>78</sup> SAP Alicante de 8 de junio de 2001 (AC 2002\31).

<sup>79</sup> Al igual que respecto a la noción del 5.1.a) R «lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida ...», la referencia del 5.1.b) R al lugar en que el que «hubieren sido o debieren ser prestados los servicios» no está ofreciendo una opción al demandante, sino que únicamente distingue según que la prestación se haya realizado ya o no. Al respecto, *vid.*, KROPHOLLER J., *Europäisches...*, *op. cit.*, esp. pp. 140-141.



tad de cambio expresada desde hace tiempo por amplios sectores doctrinales. Así, se estima que la letra b) del artículo 5 va a traer consigo una relevante alteración en la forma de precisar el *forum contractus*, ya que, por un lado, el nuevo precepto identifica para dos tipos de contratos una única obligación característica<sup>80</sup> (frente a la pluralidad de obligaciones litigiosas a que la interpretación del 5.1 CB/CL podía conducir a atender). Por otro lado, el 5.1.b) R precisa además que será el contrato (y no ya la *lex causae*) el que determine —salvo pacto en contrario— el lugar de cumplimiento de dicha obligación<sup>81</sup>. Se impone por tanto una definición autónoma de esta noción («a efectos de la presente disposición»), que conduce a que sea el tribunal de tal lugar el competente para conocer de cualquiera de las pretensiones ejercitadas (lográndose de esta forma la concentración competencial)<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Se critica la redacción de este precepto, ya que podría hacer creer que el tribunal del lugar donde hayan sido o deban ser prestados los servicios sólo puede conocer de las acciones cuya base sea la prestación de servicios. Proponiendo un texto alternativo que refleje mejor que el tribunal del lugar de prestación de servicios puede conocer de cualquier pretensión derivada de esta relación, *vid.*, HEUZÉ, V., «De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *RCDIP* 2000, pp. 595-639, esp. p. 623.

<sup>81</sup> Se alcanza por tanto una definición autónoma de este concepto, que por fin se aleja de consideraciones propias del ámbito conflictual o del derecho uniforme y refleja planteamientos procesales. *Vid.*, VON OVERBECK, A. E., «Interprétation traditionnelle de l'article 5.1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano: le coup de grâce?», en VV. AA., *E pluribus unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz*, La Haya 1996, pp. 287-298, esp. p. 291.

<sup>82</sup> De la situación anterior se criticaba que ésta conducía en la práctica a declarar en la casi totalidad de los casos, bien la competencia de un tribunal del domicilio del demandado, bien la de un tribunal del domicilio del demandante (lo que hacía plantearse si era necesario que dicho precepto existiese). Por el contrario, la nueva regla del 5.1.b) va a permitir atribuir competencia frecuentemente a tribunales de otros Estados —en los que ninguna de las partes está domiciliada— (KROPHOLLER, J., y VON HINDEN, M., «Die Reform des europäischen Gerichtsstands am Erfüllungsort (Art 5.1 EuGVÜ)», en VV. AA., *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*, München 2000, pp. 401-414, esp. p. 407). En este sentido, imagínese que una empresa domiciliada en Alemania encarga a un sujeto domiciliado en Francia que éste sea su agente comercial en España. Surgido un litigio entre las partes en el que se solicita una indemnización por clientela, los tribunales españoles no podrían fundar su competencia en el artículo 5.1 CB (el derecho aplicable —francés— considera que las deudas dinerarias se han de cumplir en el domicilio del deudor- Alemania). En cambio, el artículo 5.1b) R sí que atribuiría competencia a nuestros tribunales, por ser España el lugar en el que se prestaron los servicios.

Ante estas importantes novedades y teniendo en cuenta que la agencia es un contrato de carácter duradero, cuyo desarrollo implica la realización de una pluralidad de prestaciones por parte de los sujetos intervinientes<sup>83</sup>, la siguiente duda surge casi espontáneamente: ¿el contrato de agencia es una «prestación de servicios»? Siendo conscientes de los muy distintos efectos que se derivan de la aplicación de los artículos 5.1.a) R y 5.1.b) R, la cuestión no es en absoluto baladí. Para dar por zanjado el tema se podría adoptar directamente la postura defendida por doctrina francesa, que considera que el contrato de agencia se ha de incardinar en el artículo 5.1.b) segundo inciso del Reglamento<sup>84</sup>. Esta es sin duda, la respuesta que el aplicador del derecho, en aras de la racionalización de su labor jurídica, está deseando oír. No obstante, se estima que aunque esta opción es la correcta<sup>85</sup>, requiere una serie de razonamientos adicionales.

En el ámbito jurídico francés, la incardinación del contrato de agencia internacional dentro del término «prestación de servicios» es consecuencia lógica de que la doctrina gala considera a este contrato como una variedad del mandato<sup>86</sup>. Sin embargo, en otros países como España<sup>87</sup> o

<sup>83</sup> A modo de ejemplo, *vid.*, respectivamente el artículo 23 de la Ley española sobre contrato de agencia (*duración del contrato*) y la sección segunda del capítulo segundo del citado texto, en la que se enumeran sin carácter exhaustivo algunas de las obligaciones de las partes.

<sup>84</sup> En este sentido, *vid.*, GAUDEMET-TALLON, H., «Comentario al asunto Leather-tex», *RCDIP* 2000, pp. 76-88, esp. p. 88 y MUIR WATT, H., *op cit.*, esp. p. 480.

<sup>85</sup> Imaginando los efectos de aplicar el Reglamento 44/01 al caso Leathertex (contrato de agencia internacional), la profesora Borrás también considera que este tipo contractual es subsumible en la noción de «prestación de servicios» y por ello afirma: «en cambio, en el segundo caso, la nueva norma solucionaría el problema planteado y evitaría la dispersión de competencias», BORRÁS RODRÍGUEZ, A., en «Jurisprudencia del TJCE», *Revista jurídica de Cataluña* 2000, pp. 265-273, esp. p. 272.

<sup>86</sup> Así, los civilistas galos clasifican el contrato de agencia dentro del título *contrats de services*. *Vid.*, MALAURIE, P., y AYNES, L., *Cours de droit civil. Les contrats spéciaux*, tomo octavo, decimocuarta edición, París 2001 y HUET, J., *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, segunda edición, París 2001, pp. 1222-1226.

<sup>87</sup> En la doctrina mercantilista española, mientras que Uría y Menéndez estiman que el contrato de agencia se incardina en el «mercado de bienes y productos» y no en el «mercado de servicios» (URÍA, R., y MENÉNDEZ, A., *Curso de derecho mercantil, tomo segundo*, Madrid 2001), Chuliá y Beltrán en cambio consideran que el contrato de agencia es un contrato de prestación de servicios (CHULIÁ VICENT, E., y BELTRÁN ALANDETE, T., *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos. II*, Barcelona 1995, p. 379).

Italia<sup>88</sup> esta subsunción de la agencia dentro de los contratos de servicios no es doctrinalmente tan clara. Dado que las divergencias entre los distintos regímenes jurídicos puede plantear problemas cuando se procediese a calificar (*¿lege fori o lege causae?*) el supuesto de hecho litigioso<sup>89</sup>, la doctrina opta por propugnar una definición autónoma del término «prestación de servicios». En este sentido se estima que dicha noción a que alude el Reglamento 44/2001 ha de ser perfilada de forma amplia<sup>90</sup> y para ello se sugiere que el TJCE tenga en cuenta que este mismo término también es interpretado de forma extensa en los siguientes preceptos: artículo 50 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea<sup>91</sup>, artículo 13.3 CB/CL<sup>92</sup> (aunque en la actualidad, su equivalente en el Reglamento 44/01 —el artículo 15.1.c)— alude a «actividades comerciales o profesionales»), artícu-

<sup>88</sup> Mientras que Gazzoni incluye el contrato de agencia entre los «contratti per la prestazione di servizi» (GAZZONI, F., *Manuale di diritto privato*, séptima edición, Italia 1998), otros autores no engloban a la agencia en esta categoría, sino en la de «contratti per la promozione di affari» (VV. AA., *Diritto civile e commerciale*, tercera edición, Italia 1999).

<sup>89</sup> Al respecto, *vid.*, BRUNEAU, C., «Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale», *La semaine juridique. Edition générale* 2001, pp. 533-541, esp. p. 536 y DROZ, G. A. L., y GAUDEMET-TALLON, H., «La transformation de la Convention de Bruxelles su 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *RCDIP* 2001, pp. 631-652, esp. p. 636.

<sup>90</sup> Además, una definición autónoma y generosa de lo que es una prestación de servicios en el 5.1.b) R reducirá los problemas derivados de la intervención subsidiaria —vía 5.1.c)— del planteamiento aún vigente en el 5.1.a) R (determinación a través de la *lex causae* del lugar de cumplimiento de cada una de las obligaciones litigiosas —salvo que haya una relación de jerarquía entre ellas— ejercitadas en un litigio de agencia internacional). A favor de dicha interpretación extensiva del artículo 5.1.b) se posiciona Kropholler, al considerar que tal «die modernere und sachgerechtere Zuständigkeitsregel enthält». En esta línea, el autor propone que una futura reforma legislativa extienda la concepción del 5.1.b) R a todos los contratos o que dicha expansión se alcance por la vía interpretativa, aplicando el TJCE la noción del prestación característica y la calificación autónoma del lugar de cumplimiento también a los supuestos incardinados en el artículo 5.1.a) R. *Vid.*, KROPHOLLER, J., *op. cit.*, esp. pp. 134 y 138.

<sup>91</sup> MARKUS, A. R., «Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: zu den Hauptpunkten», *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1999, pp. 205- 232, esp. p. 211.

<sup>92</sup> Defendiendo una interpretación amplia de este término utilizado por el artículo 13.3 CB, que englobe también el contrato de crédito inmobiliario, *vid.*, GAUDEMET-TALLON, H., «Comentario jurisprudencial», *RCDIP* 2001, pp. 135-148.

lo 5 del Convenio de Roma<sup>93</sup> y artículo 46 del *Nouveau Code de procédure civile français* (cuyo texto ha inspirado la redacción del 5.1.b) R)<sup>94</sup>.

Decidido ya que el contrato de agencia internacional es subsumible en el segundo inciso del artículo 5.1.b) —con los efectos competenciales que de ello derivan— ha de reseñarse sin embargo que la «concepción tradicional» va a seguir interviniendo frente a algunos supuestos de agencia (y esta pervivencia es la que justifica que el presente epígrafe se haya iniciado analizando los problemas que planteaba el artículo 5.1CB/CL en casos de agencia). Dicha cohabitación de dos sistemas atributivos de competencia judicial internacional en materia contractual ha sido criticada por la doctrina, que reprocha al Reglamento 44/2001 su excesiva tibieza<sup>95</sup>. A pesar de que sería preferible que esta dualidad no existiese, la realidad legislativa es taxativa y acudiendo a ella se constata que por un lado el artículo 5.1 CL continuará incidiendo en los litigios en que el demandado estuviere domiciliado en un Estado que únicamente sea parte del Convenio de Lugano<sup>96</sup> (artículo 54 ter CL) y que igualmente se va a aplicar el 5.1 CB en las relaciones entre Dinamarca y los Estados comunitarios sujetos al Reglamento 44/2001 (artículo 1.3 R). Por otro lado, el artículo 5.1.c) R establece que el 5.1.a) R —y con él toda su problemática adjunta— entrará en juego «cuando la letra b) no fuere aplicable»<sup>97</sup>. De ello

<sup>93</sup> No obstante, se puede cuestionar la aptitud de utilizar como referencia para definir el término «prestación de servicios» del 5.1.b) R, dos preceptos (13.3 CB/CL y 5 CR) referidos a contratos con consumidores. Nunca podría subsumirse un contrato de agencia en la noción de «prestación de servicios» propia de ambos artículos, porque los sujetos participantes en una agencia comercial no son consumidores. Por ello se entiende que el TJCE tendría que definir la prestación de servicios del artículo 5.1.R) de una forma distinta (y posiblemente más amplia) que la preconizada por este mismo órgano respecto del 13.3 CB/CL.

<sup>94</sup> GUINCHARD, S., *Nouveau Code de procédure civile*, Dalloz 1999, esp. pp. 115-116.

<sup>95</sup> En palabras de Schack, la reforma es una «halbherzige Lösung». Vid., SCHACK, H., *Internationales Zivilverfahrensrecht*, tercera edición, München 2002, esp. p. 123 e igualmente crítico, vid., TAKAHASHI, K., «Jurisdiction in matters relating to contract: Article 5.1 of the Brussels convention and Regulation», en *European Law Review* 2002, pp. 530-550.

<sup>96</sup> Proponiendo una modificación del Convenio de Lugano en esta materia, vid., WALTER, G., *Internationales Zivilprozessrecht in der Schweiz*, tercera edición, Bern 2002 esp. p. 191.

<sup>97</sup> No se plantea la intervención del 5.1.a) R respecto de las personas domiciliadas en Luxemburgo que son demandadas ante el tribunal de otro Estado miem-

se deduce, que aparte de para los tipos contractuales no subsumibles en el 5.1.b), se acudiría al artículo 5.1.a) —en materia de agencia— si el lugar de prestación de los servicios es un tercer Estado<sup>98</sup> e igualmente si del contrato no se deriva cuál es el lugar en que «hubieren sido o debieren ser prestados los servicios»<sup>99</sup>.

Por dar una opinión global de las reformas introducidas en el Reglamento 44/2001, mayoritariamente se considera positiva la nueva impronta que refleja el foro de las obligaciones contractuales en el Reglamento comunitario. No obstante, este artículo 5.1 R sigue conteniendo aspectos controvertidos y planteando interrogantes jurídicos<sup>100</sup>. A continuación se va a hacer referencia a dos de estas cuestiones, incidiendo en los efectos que pueden ejercer en una *litis* de agencia internacional: en primer lugar, es muy factible que en una relación de agencia, los servicios se hayan prestado en más de un Estado. Para estos casos, y dado que el artículo

---

bro. En este caso, el artículo 63 R establece que el sujeto podrá «rechazar la competencia de este tribunal cuando el lugar final de entrega de la mercadería o del servicio estuviere situado en Luxemburgo».

<sup>98</sup> Así se afirma expresamente en Documento COM (1999) 348 final, pp. 13 y 14, que analiza el Reglamento 44/01. Al respecto, imagínese la demanda de un agente comercial domiciliado y actuando en Marruecos frente a un empresario domiciliado en España. Dado que la regla del 5.1.b) R no nos «sirve» *ad casum*, el 5.1.c) R estaría ofreciéndonos una «segunda oportunidad», representada por el 5.1.a) R. Este planteamiento «competencialmente expansionista» ha recibido críticas doctrinales (proponiéndose que en estos casos el demandante se conforme con el foro general del artículo 2). *Vid.*, HAU, W., «Der Vertragsgerichtsstand zwischen judizieller Konsolidierung und legislativer Neukonzeption», *IPRax* 2000, pp. 354-361, esp. p. 360 y KUBIS, S., «Gerichtsstand am Erfüllungsort: Erneute Enttäuschung aus Luxemburg», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (en adelante, *ZeUP*) 2001, pp. 737-752, esp. p. 751.

<sup>99</sup> Será bastante infrecuente que las partes no hayan convenido el lugar de prestación de los servicios y que tal tampoco pueda deducirse del contrato (en materia de agencia, las partes acordarán normalmente en qué lugar va a actuar el agente). Por ello se supone que la remisión al 5.1.a) R no intervendrá más que en situaciones muy residuales (*vid.*, CALVO CARAVACA, A.-L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Práctica procesal civil internacional*, Granada 2001, esp. p. 167). Para estos supuestos, en vez de la remisión a la *lex causae*, Jayme y Kohler proponen que se desarrolle un derecho contractual europeo que resuelva estos problemas (*vid.*, JAYME, E., y KOHLER, C., «Europäisches Kollisionsrecht 1999. Die Abendstunde der Staatsverträge», *IPRax* 1999, pp. 401-413, esp. p. 405).

<sup>100</sup> Apuntando algunos, *vid.*, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, segunda edición, Madrid 2001, esp. pp. 549-550.

5.1.b) R no ofrece ninguna respuesta expresa sobre cuál será el tribunal competente, es posible imaginar soluciones como las siguientes<sup>101</sup>: podrían conocer de la totalidad del caso los tribunales de cualquier Estado miembro en el que se hayan prestado parcialmente los servicios<sup>102</sup>; aunque temiendo que esta propuesta ofrezca al demandante una gama jurisdiccional demasiado amplia, también se sugiere limitar la elección a los tribunales de los Estados en que se hubiera prestado una parte importante de los servicios<sup>103</sup>, o incluso se apunta que sea competente el tribunal del lugar en que se prestó la parte más importante de los servicios. Igualmente, a imagen de la doctrina *Shevill*, sería posible que el demandante sólo pudiese reclamar en cada Estado respecto de la parte de prestación de servicios que se llevó a cabo en ese territorio<sup>104</sup>. Por último, haciendo hincapié en las dificultades que pueden plantear estas propuestas (por ejemplo, la última obliga al demandante a acudir a una multiplicidad de tribunales y puede haber descoordinaciones entre los resultados), es asimismo factible defender la invalidación del 5.1b) R como foro contractual en esos casos, y resolver la cuestión de la competencia a través del artículo 2R o del 5.1.a) R<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> Al respecto, *vid.*, HERTZ, K., *Jurisdiction in contract and tort under the Brussels Convention*, Copenhage 1998, esp. pp. 112-113 y KROPHOLLER, J., *Europäisches...*, *op cit.*, esp. pp. 141.

<sup>102</sup> Esta es la opción que recoge texto preliminar de La Haya de 1999 sobre *Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters*: «A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in matters relating to the provision of services, the services were provided in whole or in part». ([www.chhc.net](http://www.chhc.net)). Sin embargo no parece que tal propuesta sea fácilmente extrapolable al ámbito del Reglamento 44/2002, dado que en el punto 28 de la sentencia *Besix* (*vid.*, *supra*, nota a pie de página número 72), el TJCE declara: «en el supuesto de que la obligación contractual pertinente haya sido o deba ser cumplida en varios lugares distintos, no cabe reconocer la competencia para conocer del litigio a cualquier tribunal en cuya demarcación se encuentre alguno de dichos lugares de cumplimiento».

<sup>103</sup> En el *interim text* que presentó la Conferencia de La Haya para la Conferencia diplomática del año 2001, la alternativa A del artículo 6 establece: «a plaintiff may bring an action in contract in the courts of the State in which the defendant has conducted frequent (and)(or) significant activity (...). For the purposes of the preceding paragraph, activity means the performance of a contract by supplying goods or services, a as whole or to a significant part». ([www.chhc.net](http://www.chhc.net)).

<sup>104</sup> Proponiendo esta solución, *vid.*, DROZ, G. A. L., «Delendum...», *op. cit.*, esp. p. 356.

<sup>105</sup> A favor de esta última postura, *vid.*, ÁNGEL, M. E., «Comentario a varias sentencias», *RCDIP* 2001, pp. 135-163, esp. p. 160.

Entre todas las apuntadas, se considera que la opción más adecuada —aun no estando exenta de inseguridades— es la que da competencia a los tribunales del lugar en el que se prestó la parte más importante de los servicios<sup>106</sup>. Si el TJCE tuviese que aclarar cuál es este lugar, se ve factible que éste aplicase analógicamente los criterios que él mismo ha desarrollado en materia de contratos de trabajo desempeñados en varios Estados. Ello le conduciría a considerar que el contrato de agencia se ejercita principalmente en el Estado en que se halla el centro efectivo de las actividades profesionales del agente. Para precisar este término podría atenderse a los siguientes datos: dónde pasa la mayor parte de tiempo de trabajo el agente, dónde posee una sede desde la que organiza sus actividades y a la que vuelve después de cada viaje a otros Estados o incluso cuál es el volumen de comisiones según Estados<sup>107</sup>.

En segundo lugar, el artículo 5.1.b) R permite expresamente que las partes acuerden que el «lugar» a que alude el 5.1.b) R sea un enclave distinto de aquel en el que «hubieren sido o debieren ser prestados los servicios». En supuestos de agencia comercial, en los que el agente suele ser la parte débil de la relación y, por tanto, su capacidad negocial está mermada, se teme que los efectos atributivos de competencia que se derivan de este tipo de pactos le afecten negativamente<sup>108</sup>. En efecto, la doctrina señala que esta posibilidad de consenso, admitida originariamente porque se entendió que perseguía objetivos materiales, se transforma en la práctica en un «caballo de Troya», del que la parte fuerte sale mostrando que sus auténticas pretensiones eran de naturaleza procesal<sup>109</sup>. Retomando aquí las consideraciones ya apuntadas respecto a los acuerdos interpartes en el marco del 5.1 CB/CL<sup>110</sup>, el TJCE declaró en el asunto *Mainschiffahrts-Genossenschaft* que no se pueden considerar englobados

<sup>106</sup> En este sentido, *vid.*, GAUDEMET-TALLON, H., «Comentario al asunto *Leather-tex*», *RCDIP* 2000, pp. 76-88, esp. p. 88.

<sup>107</sup> En torno a estos criterios (el último no ha sido propuesto por el TJCE), *vid.*, *Mulox IBC Ltd contra Hendrick Geels*, STJCE de 13 de julio de 1993, Asunto C-125/92 y *Petrus Wilhelmus Rutten contra Cross Medical Ltd*, STJCE de 9 de enero de 1997, Asunto C-383/95. Al respecto, ZABALO ESCUDERO, E., *REDI* 1993, volumen segundo, pp. 470-473, *REDI* 1997, volumen segundo, pp. 283-286 y su comentario jurisprudencial en esta misma revista.

<sup>108</sup> Respecto a esta desigualdad contractual, *vid.*, MEZGER, E., «Comentario al caso *Zelger*», *RCDIP* 1980, pp. 385-390, esp. p. 388.

<sup>109</sup> HAU, W., *op. cit.*, esp. p. 360.

<sup>110</sup> *Vid.*, *supra* en este epígrafe.

en el artículo 5.1 CB los acuerdos «abstractos» que tienen por objeto «fijar, con la única finalidad de determinar un fuero competente, un lugar de cumplimiento que no tenga ningún vínculo efectivo con la realidad del contrato y en el que no pudieran cumplirse las obligaciones derivadas del contrato con arreglo a los términos del mismo»<sup>111</sup>. Si se aplica este criterio («presentar un vínculo con la realidad contractual») a los pactos recogidos en contratos de agencia que aleguen como fundamento jurídico el 5.1.b) R, se considera que tal puede plantear graves problemas de delimitación. Así, ante un acuerdo proclamando que el domicilio del empresario que contrató con el agente es el «lugar» para el pago de comisiones e indemnizaciones<sup>112</sup>, ¿puede decirse que este lugar no tiene ningún vínculo efectivo con la realidad del contrato —y que por tanto, ha de cumplir con los requisitos del artículo 23 R— o por el contrario, es suficiente con que el pacto sea válido conforme a la *lex causae*?<sup>113</sup>.

Para evitar tales incertidumbres<sup>114</sup>, varios autores proponen de *lege feren-*

<sup>111</sup> *Vid., supra*, nota a pie de página número 68, punto 31 de la sentencia.

<sup>112</sup> La doctrina no es unánime acerca de si es posible que este pacto no se refiera a la totalidad del contrato (y que por tanto, genere una dispersión competencial). *Vid., KROPHOLLER, J., Europäisches..., op cit.*, esp. p. 142.

<sup>113</sup> Señalando que en principio rige la segunda posibilidad (porque el lugar pactado sí que presenta algún vínculo con el contrato), pero considerando que esta opción no tiene en cuenta los fines protectores que sí se recogen en el artículo 23 R, *vid., LEIPOLD, D., «Internationale Zuständigkeit am Erfüllungsort-das Neueste aus Luxemburg und Brüssel», en VV. AA., Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz, München 2000*, pp. 431-453, esp. p. 449.

<sup>114</sup> En esta materia, se considera que el TJCE sólo se ha enfrentado hasta el momento a supuestos en los que el lugar pactado, o bien reflejaba una conexión directa con el litigio (asunto *Zelger*) o bien claramente no presentaba ninguna relación efectiva con el objeto real del contrato (asunto *Mainschiffahrts-Genossenschaft*). Queda por saber qué solución aportaría el TJCE para casos como el de la agencia recién citada, en el que el lugar pactado, aunque sí que presenta algún nexo con el supuesto de hecho, no es desde luego el lugar que caracteriza a esta relación contractual. Así, en el caso *Zelger*, parece mesurado que las partes acuerden que un préstamo se devolverá en el lugar de domicilio del prestamista. En cambio, si en un supuesto de agencia entre una empresa alemana y un agente domiciliado en Italia que actúa en el mercado italiano, se pacta que para cobrar sus comisiones el agente ha de acudir a Alemania, tal acuerdo hace temer que aunque en su relación comercial usual el agente de facto reciba en Italia sus comisiones, en caso de iniciarse un proceso judicial, la empresa alemana sí que querrá hacer valer que Alemania es el lugar contractualmente pactado para el pago. Situaciones de este tipo hacen pensar, que aunque el lugar pactado no es totalmente ajeno al caso, tal se eligió sin embargo previendo que podía abrir un foro competencial beneficioso para la parte fuerte de la relación contractual.



da que se elimine del texto del 5.1.b) R esta posibilidad de pacto y que las partes tengan que acudir al artículo 23 R (cumpliendo los requisitos en él establecidos) siempre que ambas quieran realizar un acuerdo con efectos competenciales<sup>115</sup>. Mientras tal reforma legislativa no se produzca, se vería positivo que el TJCE entendiese que pactos como el de agencia citado también han de cumplir con lo establecido en el artículo 23 R<sup>116</sup>. A primera vista, es posible que dicha solución se reputé demasiado rígida y es cierto además que el origen de esta imposición no se puede hallar en el tenor literal del 5.2.b) R. No obstante, se considera que tal planteamiento podría sustentarse en las siguientes argumentaciones: aunque se ha insistido en las diferencias existentes entre el foro contractual y el de la sumisión expresa<sup>117</sup> —y aceptando que el 5.1 R no ocupa *de iure* la misma posición que el 23 R en el organigrama jerarquizado del Reglamento—, en el ejemplo citado de pacto a favor del domicilio de la contraparte del agente, se estima que el resultado a que conduce *de facto* el 5.1 R sería el mismo que el que resultaría de aplicar el artículo 23 R<sup>118</sup>. Así, si el empresario impuso en el contrato el lugar de su propio domicilio, a la hora de demandar va a despreciar la opción que le ofrece el artículo 2 R (ya que ésta le supondrá mayores dificultades —proceso a sustanciarse en el extranjero...—)<sup>119</sup> y planteará por tanto la demanda en el Estado de su propio domicilio. Y si el demandante fuese el agente, tanto el pacto del 5.1.b) R como el artículo 2 le obligarán a acudir también a los tribunales del lugar de domicilio de su empresario. Por tanto, ante la igualdad en los efectos, parece admisible postular a favor también de la equivalencia de requisitos.

<sup>115</sup> SCHACK, H., «Abstrakte Erfüllungsortvereinbarungen: form- oder sinnlos?», *IPRax* 1996, pp. 247-249, SCHACK, H., «Entscheidungszuständigkeiten in einem weltweiten Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen», *ZeUP* 1998, pp. 931-956, esp. p. 939 y LEIPOLD, D., *op. cit.*, esp. p. 449.

<sup>116</sup> Jayme y Kohler proponen otra solución: que este pacto a que alude el 5.1.b) R sea definido de forma autónoma por el TJCE (y que por tanto, podría no tener que cumplir necesariamente con los requisitos del artículo 23 R). *Vid.*, JAYME, E., y KOHLER, C., *op. cit.*, esp. p. 405.

<sup>117</sup> *Vid.*, *supra*, nota a pie de página número 66, puntos 3 y 4 del caso Zelger.

<sup>118</sup> Negando parcialmente este resultado, *vid.*, HUET, A., «Comentario al asunto Gravières», *JDI* 1997, pp. 625-634, esp. p. 634.

<sup>119</sup> Sería muy extraño que el empresario, que es quien decide incluir en el contrato de agencia un pacto que le beneficia, luego prescindiese de él para irse a litigar al extranjero. Además, aun en este caso, se podría considerar que el resultado alcanzado es equiparable al admitido por el 23 R al declarar tal que la competencia será exclusiva, «salvo pacto en contrario entre las partes».

Asimismo, la admisión de la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual se podía justificar mejor respecto del 5.1 CB/CL, porque en definitiva tal era una vía para que las partes escapasen de las dificultades que el TJCE había vinculado a la precisión objetiva de este foro. En la actualidad, con un 5.1.b) R que convierte al *forum contractus* en un criterio de atribución competencial mucho más previsible y de mayor simplicidad práctica, el recurso al «pacto en contrario» pierde su basamento. Tampoco ha de olvidarse que imponer el cumplimiento del artículo 23 R en supuestos de agencia internacional supone, en definitiva, proteger al agente comercial. Como ya se ha señalado, este sujeto estará en la mayoría de las ocasiones en una posición de inferioridad frente al empresario, por lo que, no contando con ningún foro de protección especial al que acogerse, no parece excesivo intentar restaurar el equilibrio inter-partes a través de la aplicación del artículo 23.

#### 4. INCIDENCIA DEL «FORO DE LA AGENCIA»

En este punto va a analizarse si el foro recogido en el artículo 5.5 del Reglamento 44/2001 («las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro, si se tratare de litigios relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal del lugar en que se hallaren sitios») puede incidir en la atribución de jurisdicción en casos de agencia internacional. Como primera apreciación, recórrase al Diccionario de la Lengua Española, para constatar que éste proclama la polisemia del término «*agencia*» y que dentro de las acepciones que se le otorgan a dicho vocablo, el Diccionario diferencia entre, por un lado, «empresa destinada a gestionar asuntos ajenos o a prestar determinados servicios» y por otro, «sucursal o delegación subordinada de una empresa». Esta distinción es un buen punto de partida<sup>120</sup>, que sin embargo ha sido frecuentemente ignorado por la práctica judicial<sup>121</sup> y por la doctrina. Así, cuando ésta última analiza los distintos

<sup>120</sup> Esta distinción sí ha sido señalada en: BALDI, R., *El derecho de la distribución comercial en la Europa comunitaria*, Madrid 1988, esp. p. 166.

<sup>121</sup> En la Sentencia AP Valencia de 4 de mayo 1999 (AC 1999\5520) el tribunal resuelve el litigio aplicando el artículo 5.5 CB, lo que le conduce a afirmar: «en el presente caso, está fuera de toda duda que aunque el contrato se celebró en Navarrés, población del partido judicial de Xátiva, el establecimiento, los medios materiales y

criterios atributivos de competencia judicial internacional que podrían incidir en la resolución de un caso de agencia, frecuentemente proclama la aplicación en esta materia del artículo 5.5<sup>122</sup>. Esta afirmación, carente de argumentaciones que la sustenten, hace temer que tal vez no se esté sopesando debidamente la ya citada pluralidad jurídica del término *agencia*. Por ello, para saber si se puede invocar fundadamente el artículo 5.5 en materia de agencia comercial han de desarrollarse una serie de reflexiones previas:

En primer lugar, es esencial precisar quién podría utilizar en su beneficio el artículo 5.5. Según se apunta en la doctrina, este precepto se incorporó al texto del Convenio de Bruselas tras constatarse que existía una conexión estrecha entre un determinado tipo de controversias y un tribunal distinto al del domicilio del demandado<sup>123</sup>. En este caso concreto, con el artículo 5.5 CB se pretende que un tercero que ha tratado comercialmente con una agencia (acepción segunda de las anteriormente citadas) pueda demandar al empresario principal en ese foro del establecimiento secundario, que le es cercano<sup>124</sup>. Por el contrario, se entiende que no estaba en la voluntad del codificador el que un agente comercial (acepción primera) invocase el artículo 5.5 CB frente a su contraparte en el contrato de agencia (ya que ello además supondría admitir a su favor el *forum actoris*, figura frente a la que se percibe un *animus* jurídico muy restric-

---

personales todos para el ejercicio de esta actividad mercantil de promover mercados en Francia para los productos de "Castelló y Juan SA", los tiene "Morealim" en La Garangere, de la circunscripción judicial de Grenoble (Francia), luego allí ha de corresponder y allí se ha de deferir el conocimiento de este asunto». Este fragmento de la resolución parece indicar que se acude al artículo 5.5 CB porque éste en su enunciado incluye la palabra *agencia*, pero sin que previamente el juez se plantee si dicho término alude a la misma realidad jurídica que la que constituye el objeto del litigio (recuérdese además —*vid.*, *supra* nota a pie de pagina número 7— que este caso debería haberse resuelto atendiendo a la cláusula de sumisión expresa contractualmente pactada a favor del juzgado de primera instancia de Valencia).

<sup>122</sup> A modo de ejemplo, *vid.*, WESTPHAL, B., «Handelsvertreterrecht in Deutschland», en GRAF VON WESTPHALEN, F., *Handbuch des Handelsvertreterrechts in EU-Staaten und der Schweiz*, Colonia 1995, p. 188.

<sup>123</sup> TEBBENS, H. D., «Las competencias especiales en materia delictual y en materia de explotación de un establecimiento secundario», en TJCE, *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Pamplona 1994, esp. p. 103.

<sup>124</sup> Al respecto, *vid.*, GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions...*, *op cit.*, esp. pp. 151-152.

tivo)<sup>125</sup>. Asimismo, tampoco puede acudirse al artículo 5.5 CB en las relaciones *ad-intra* en que la parte demandada es el agente<sup>126</sup>. Lo recién afirmado supone, en definitiva, que el artículo 5.5 R sólo debería ser invocado por un tercero ajeno al contrato de agencia<sup>127</sup>. Partiendo de esta limitación *in personam*, procede examinar en segundo lugar si realmente un contrato de agencia mercantil puede, de algún modo, subsumirse en la definición autónoma que el TJCE ha realizado del término «agencia». Para realizar tal análisis ha de acudirse a las decisiones judiciales emitidas por este órgano en relación con el artículo 5.5 CB (siendo sus conclusiones igualmente válidas respecto de su precepto homólogo en el Reglamento 44/2001).

En el asunto *De Bloos*, se afirma que «uno de los elementos esenciales que caracterizan los conceptos de sucursal y agencia es el sometimiento a la dirección y al control de la empresa principal (...) no se puede estimar que el concesionario de ventas en exclusiva esté al frente de una sucursal, de una agencia o de cualquier otro establecimiento de su concedente, en el sentido del 5.5, cuando no está sometido ni a su control ni a su dirección»<sup>128</sup>. Incidiendo en el factor de la dependencia, que caracteriza la relación interna entre el establecimiento secundario y el principal<sup>129</sup>, en el asunto *Blanckaert* se consideró que: «no reúne los requisitos de una sucursal, agencia u otro establecimiento, a los efectos del artículo 5.5 CB, un agente comercial (intermediario) independiente, en el sentido de que,

<sup>125</sup> En este sentido, *vid.*, LINKE, H., «Der kleineuropäische Niederlassungsgerichtsstand (art. 5.5 GVÜ)», *IPRax* 1982, pp. 46-49, esp. p. 48. Constatado el trato de favor que se le concede al agente en el plano del derecho sustantivo, cabe plantearse, no obstante, si realmente el *forum actoris* se consideraría en la actualidad excesivo en esta materia.

<sup>126</sup> VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho...*, *op. cit.*, esp. p. 100. Además, en estos casos, el demandante ya cuenta con el foro general del artículo 2 CB.

<sup>127</sup> En este mismo epígrafe se apreciará que, sin embargo, la mayoría de cuestiones prejudiciales resueltas por el TJCE en relación con el 5.5 CB versaban sobre casos en los que el demandante era el agente o su contraparte. Ello, por si sólo ya justificaría la inaplicación del artículo 5.5 CB. *Vid.*, GOTHOT, P., y HOLLEAUX, D., *op. cit.*, esp. p. 55.

<sup>128</sup> *De Bloos*, SPRL *contra* Société en commandite par actions Bouyer, Asunto 14/76, STJCE de 6 de octubre de 1976.

<sup>129</sup> Para saber cómo ha de presentarse la sucursal en sus relaciones externas, *vid.*, *Somafer SA contra Saar-Ferngas AG*, Asunto 33/79, STJCE de 22 de noviembre de 1978.

en virtud de su estatuto legal, puede libremente organizar lo esencial de su actividad y determinar el tiempo de trabajo que consagra a una empresa a la que acepta representar, y a quien la empresa que representa no puede impedir que al mismo tiempo represente a varias firmas de la competencia en el mismo sector de producción o comercialización y que, además, se limita a cursar los pedidos a su casa matriz, sin participar ni en llevar a buen fin ni en ejecutar los negocios»<sup>130</sup>. Parece, en principio, que ambos pronunciamientos son lo suficientemente taxativos (máxime cuando el segundo de ellos se refiere precisamente a un supuesto de agencia internacional) como para entender que un tercero no podrá litigar con base en el artículo 5.5 R en el Estado en que se localice el agente comercial del demandado. No obstante, deben ponderarse a continuación dos argumentos que podrían permitir concebir una excepción frente a lo recién expuesto.

a) Por un lado, algunos autores han señalado que si bien es cierto que el TJCE nunca hasta ahora ha aceptado la intervención del artículo 5.5 CB en supuestos de agencia comercial internacional, ello no implica necesariamente que siempre vaya a seguir siendo así<sup>131</sup>. Es decir, a partir de una casuística numéricamente limitada no es adecuado crear una regla general e inmutable. Además, la misma afirmación del TJCE en el caso de Bloos: «no pueden extenderse los conceptos de sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento al supuesto de un concesionario en exclusiva cuya actividad se caracterice por las indicaciones proporcionadas por el órgano jurisdiccional nacional»<sup>132</sup>, interpretada a *sensu contrario* y transponiéndola al ámbito de la agencia, deja una puerta abierta a favor de la intervención del artículo 5.5 R si las características de la agencia se ajustan al patrón perfilado por el TJCE. Ahora bien, ¿cómo debería ser una relación de agencia comercial para que ésta se pudiera considerar subsumida en concepto de agencia del artículo 5.5 R 44/2001 (y por tanto, habilitase a favor de un tercero un foro en el Estado de la localización de tal)? Parece que la jurisprudencia anteriormente citada del TJCE está re-

<sup>130</sup> *Blanckaert and Willems PVBA contra Luise Trost*. Asunto 139/80, STJCE de 18 de marzo de 1981.

<sup>131</sup> En este sentido, Gothot y Holleaux señalan que: «on notera la prudence de la Cour de justice dans l'affaire de Bloos: elle se garda d'affirmer que les notions de l'article 5.5 et celle de concession seraient toujours antinomiques». *Vid.*, GOTHOT, P., y HOLLEAUX, D., *op cit.*, esp. p. 53.

<sup>132</sup> *Vid.*, *supra*, nota a pie de página 128.

quiriendo (expuesto de forma simplificada) que la agencia esté, en mayor o menor grado, controlada por la contraparte del agente.

Si acudimos a modo de ejemplo a la Ley española de agencia<sup>133</sup>, el punto de partida es claro —y contradictorio con este requisito del control—: el agente es un empresario independiente, por lo que «no se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes, ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan» y «se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios»<sup>134</sup>. A pesar de la firmeza de estas proclamaciones iniciales, se constata sin embargo que combinando varios preceptos de la Ley 12/1992 es posible elaborar un contrato de agencia en el que la independencia del agente sea *de facto* cuestionable<sup>135</sup> (en este punto es inte-

<sup>133</sup> Dado que esta ley es plasmación de la *Directiva 86/653 de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes*, el análisis que procede a realizarse a continuación también podría haberse llevado a cabo con la respectiva ley de agencia de algún otro país europeo. Un estudio comparado de las similitudes (y algunas discordancias) de estas normas se recoge en: VV. AA., *Commercial agency and distribution agreements. Law and practice in the member States of the European Union*, tercera edición, Londres 2000.

<sup>134</sup> *Vid.*, artículo 2 de la Ley 12/1992.

<sup>135</sup> Así, el agente (que además de promover operaciones de comercio, también puede ser capaz de concluir las), sólo desarrollará, si así se pacta, su actividad profesional por cuenta de un único empresario (artículo 7.1 Ley 12/92); velará por los intereses de éste (9.1) y deberá comunicarle una serie de informaciones (9.2.b); habrá de desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables dadas por el empresario (9.1.c); tendrá que recibir en nombre del empresario las reclamaciones de terceros sobre los productos vendidos o servicios prestados (9.2.d); puede incluirse en el contrato un pacto de garantía, por la cual el agente se hace responsable del cumplimiento económico de un tercero (19); también es factible limitar contractualmente las actividades del agente hasta dos años después de extinguirse el contrato (20) e igualmente en la práctica en muchas de estas relaciones de agencia se pacta la obligación del agente de alcanzar unos mínimos anuales de facturación, mantener un *stock* de productos o de prestar diversos servicios post-venta. Respecto a esto último, *vid.*, ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del mercado financiero*, segunda edición, Barcelona 2000, esp. p. 245 y HERNÁNDEZ MARTÍ, J., «Contratos de cooperación y de distribución» en VV. AA., *Contratación internacional*, segunda edición, Valencia 1999, esp. p. 937.

resante recordar la distinción ya señalada entre dependencia económica y personal)<sup>136</sup>. En los casos en que la relación de agencia presente un perfil que difiera claramente del supuesto analizado en el asunto *Blanckaert*, cabe plantearse que la relación de esta agencia con el artículo 5.5 R también habría de ser consecuentemente distinta.

b) Por otro lado, ha de analizarse a continuación en qué medida la decisión del TJCE en el asunto *Schotte* puede posibilitar que un tercero acuda al foro del 5.5 R<sup>137</sup>, para demandar a la contraparte del agente en el Estado en que se halla la sede de éste último. El caso *Schotte*, que ha recibido fuertes críticas doctrinales<sup>138</sup>, ha supuesto la aplicación por parte del Tribunal de la denominada «doctrina de la apariencia». Frente a la concepción que refleja el caso *Somafer* («corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del asunto determinar los indicios que permitan apreciar la existencia de un centro efectivo de operaciones»), la citada sentencia del TJCE de 1987 declara por el contrario que «la estrecha relación entre el litigio y el órgano jurisdiccional que está llamado a conocer del mismo se aprecia no únicamente según las relaciones jurídicas existentes entre las personas jurídicas establecidas en distintos Estados contratantes, sino igualmente en función de la manera como estas dos empresas se comportan en la vida social y se presentan con respecto a terceros en sus relaciones comerciales». Este planteamiento condujo a afirmar al Tribunal que la filial (empresa con personalidad jurídica independiente) podía ser demandada —ex 5.5 CB— ante el tribunal del Estado en que se hallaba sita la sociedad matriz. En definitiva, aun cuando las argumentaciones desarrolladas en el punto anterior no condujesen a estimar que un contrato de agencia comercial puede tener —jurídica y objetivamente— una estructura tal que permita subsumirlo en el concepto de *agencia* del 5.5 CB, la Sentencia recién comentada sí podría permitir aplicar el citado artículo a casos en que la apariencia del tráfico conduciría a terceros a considerar que el agente —materialmente— es una prolongación comercial de la empresa que lo contrató<sup>139</sup>. Esta interpretación ha sido apuntada por algún

<sup>136</sup> *Vid., supra*, epígrafe 3.1 de este artículo.

<sup>137</sup> *Schotte GmbH contra Parfums Rothschild SARL*. Asunto 218/86, STJCE de 9 de diciembre de 1987.

<sup>138</sup> Muy vehementemente, *vid.*, las preguntas finales de SCHULTSZ, J. C., en «Las competencias en materia delictual y en materia de explotación de un establecimiento secundario», TJCE, *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Pamplona 1994, pp. 109-118, esp. p. 118.

<sup>139</sup> En este sentido, el TJCE declara en el caso *Schotte* (*vid., supra*, nota a pie de página 137): «los terceros que negocian con el establecimiento que actúa como

autor<sup>140</sup> y para que se confirme, resta ver cómo se comporta el TJCE cuando se enfrente de nuevo a un caso de agencia comercial internacional en el que —esta vez— un tercero pretenda hacer valer el foro del artículo 5.5 R 44/01<sup>141</sup>. Hasta que llegue ese momento, se estima no obstante que el posicionamiento más coherente con la realidad jurídica es el que, además de negar la intervención del 5.5 como foro atributivo de competencia en los litigios entre las partes de una agencia, niega también como regla general la aplicación del artículo 5.5 a las reclamaciones de un tercero frente a un sujeto integrante de un contrato de agencia.

## 5. CONCLUSIONES

Con el objeto de saber si los órganos judiciales españoles son competentes para conocer de un supuesto de agencia comercial que presente algún elemento de extranjería, ha de acudirse al Reglamento 44/2001. Dándose los presupuestos de aplicación de este texto, la competencia judicial internacional de nuestros tribunales puede derivarse de una sumisión tácita a tales (artículo 24 R) o en su defecto, del ejercicio consensuado de la autonomía de la voluntad (artículo 23 R). Si los preceptos recién citados no intervienen en la resolución de la litis, la atribución de competencia se puede fundamentar en el criterio general del domicilio del demandado (artículo 2 R) o en el foro de las obligaciones contractuales (artículo 5.1 R). En el presente estudio ha quedado señalado cómo este último precepto

prolongación de otra sociedad deben poder confiar en la apariencia así creada y considerar este establecimiento como un establecimiento de esa otra sociedad, aunque, desde el punto de vista del derecho de sociedades, las dos sociedades sean independientes una de otra».

<sup>140</sup> Por ejemplo, Gaudemet afirma: «Des entreprises appartenant à des personnes physiques ou morales juridiquement autonomes (cessionnaires, agents commerciaux, filiales), mais dépendantes économiquement du concédant, de l'entreprise représentée, de la société mère pourraient sans doute relever de l'art. 5.5 (à supposer naturellement que les actes de ces personnes engagent la maison mère, soit qu'elle leur en ait donné le pouvoir)», *vid.*, GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions...*, *op. cit.*, esp. p. 150.

<sup>141</sup> Quedémonos, por tanto, con esta duda final expresada por Lando: «today it is most uncertain which of the self employed commercial agents who are covered by the Directive will be regarded as agencies under art. 5.5». *Vid.*, LANDO, O., «Loi applicable et règlements de différends», en VV.AA., *Le contrat d'agence commerciale internationale*, Lieja 1997, pp. 85-103, esp. p. 92.



plantea una multiplicidad de interrogantes jurídicos. En primer lugar, debe decidirse si los supuestos de agencia se seguirán resolviendo a través del 5.1.a) R —con todas las dificultades prácticas que ello implica— o si por el contrario, al calificarlos como «prestación de servicios», se subsumirán en el 5.1.b) R —y podrán disfrutar por tanto, de la mayor simplicidad que se deriva de la aplicación de dicho apartado—. Aun escogiendo esta segunda posibilidad, se constata cómo el 5.1.c) R seguirá imponiendo la aplicación del artículo 5.1.a) R, para algunos supuestos de agencia cuya individualización es en ocasiones dificultosa. Aparte de por implantar un sistema dual de perfiles imprecisos, el 5.1 R es criticado porque deja al descubierto algunas lagunas y controversias jurídicas que, dada la novedad de este artículo aún no han hallado respuesta en la jurisprudencia. En este sentido, el texto del artículo 5.1 no señala expresamente cuál es el foro competente en los casos en que la prestación de los servicios de la agencia comercial se ha llevado a cabo en varios países e igualmente se plantean numerosas dudas en torno a qué requisitos ha de cumplir un pacto interpartes que determina —ex 5.1 R— que el contrato de agencia se cumplirá en un lugar distinto del de la prestación de los servicios. Respecto del artículo 5.5 R —foro de la agencia— se ha argumentado que es inadecuado aplicar tal como criterio atributivo de competencia en litigios entre las partes de un contrato de agencia. Igualmente se reputa jurídicamente cuestionable la intervención del 5.5 R respecto a demandas de un tercero contra una de las partes de un contrato de agencia comercial internacional.

## RÉSUMÉ

La détermination de la juridiction compétente en matière du contrat international d'agence commerciale est un sujet de la plus haute importance pratique. La récente transformation de la *Convention de Bruxelles en Règlement 44/01 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* a eu un grand retentissement dans le secteur juridique de l'agence internationale. Par exemple, la réécriture innovante de l'article 5.1 (règle de compétence spéciale en matière contractuelle) est une modification de fond, qui simplifiera la pratique judiciaire grâce à la définition substantielle du *lieu d'exécution* pour les contrats de fourniture de services. Dans cette étude, il s'agit d'analyser en détail les fores du *Règlement Bruxelles I* qui peuvent fixer la compétence judiciaire en matière d'agence commerciale internationale (arts. 2, 5.1, 23 et 24). Il s'agit aussi de nier l'incidence réelle de l'article 5.5 R dans le cadre du contrat d'agence.

SUMMARY

The settling of the competent jurisdiction in international agency contracts is a subject of a huge practical importance nowadays. The recent transformation of the *Brussels Covention* into *Regulation 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* has caused a great effect on the juridical sector of the commercial agency. For instance, the novel redrafting of article 5.1 (contract's forum) involves a substantial modification, which is going to simplify judicial practice thanks to the fact that this rule gives a substantive definition of *place of perfomance* for service contracts. The present research analyses in detail which *fora* from the *Regulation Brussels I* are going to fix the jurisdiction in international commercial agency cases (arts. 2, 5.1, 23 and 24). Research also rejects the repercussion of article 5.5 R. in agency matters.

**NOTAS**

