



UNIVERSIDAD DE OVIEDO
Facultad de Derecho
MASTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MASTER

El contrato modelo de la CCI sobre agencia comercial
internacional

Realizado por: MARTA FIESTAS TARTIERE

Convocatoria: Enero 2016

RESUMEN.....	3
ABSTRACT.....	3
1. Introducción	1
1.1 La naturaleza del contrato de agencia internacional	1
1.1.1 Unanimidad en cuanto a la definición del contrato de agencia.....	1
1.1.2 Notas características del Contrato de Agencia	2
1.1.3 El contrato de agencia en el marco de los contratos de colaboración	4
1.2 La función de la CCI respecto de los estándares contractuales.....	6
2. Cláusulas generales	9
2.1 Partes contratantes.....	9
2.2 Territorio y productos.....	10
2.3 Buena fe y honradez	11
2.4. Acuerdo previos-Modificaciones-Nulidad	12
2.5. Prohibición de cesión	12
3. Obligaciones del agente	13
3.1 Funciones del agente.....	13
3.2 Compromiso de no competencia.....	15
3.3 Organización de ventas, publicidad y ferias. Uso de marcas y símbolos del principal.....	16
3.4 Objetivo de ventas.....	17
3.5 Sub-agentes	17
3.6 Deber de información.....	18
3.7 Responsabilidad financiera	19
4. Obligaciones del principal.....	20
4.1 Exclusividad.....	20
4.2 Deber de información.....	21
4.3. Deber de pago de la comisión del Agente.....	22
5. Duración y terminación del contrato	26
5.1 Duración del contrato.....	26
5.2 Resolución anticipada	27
5.3 Indemnización por clientela	28
5.5 Resolución de conflictos	31
6. Conclusiones	40
BIBLIOGRAFÍA	42

RESUMEN

En un mundo globalizado en el que las empresas buscan extender su actividad más allá de sus fronteras, los contratos comerciales internacionales se configuran como una necesidad básica. Ante la falta de uniformidad de las legislaciones en la materia, la Cámara de Comercio Internacional, (por sus siglas, CCI) ha propuesto diversos modelos contractuales entre los que se encuentra el modelo de Contrato de Agencia Comercial Internacional que no está basado en ninguna legislación concreta si no en los usos del comercio y los principios generalmente reconocidos por las leyes nacionales. Las ventajas del modelo son evidentes en tanto en cuanto las partes sometan la resolución de conflictos al arbitraje internacional, sin embargo, en caso de que dichos conflictos sean resueltos por tribunales nacionales, ciertas cláusulas contractuales podrían resultar contrarias a la Directiva de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes y por tanto, a las legislaciones internas de los Estados miembros.

ABSTRACT

In a globalized world in which companies seek to expand their activities beyond their borders, international commercial contracts are configured as a basic need. Given the lack of uniformity of laws on the matter, the International Chamber of Commerce (ICC) has proposed several contractual models such as the Model of International Commercial Agency Agreement which is not based on any specific legislation but in commercial uses. The advantages of the model are evident when the parties agree to submit the dispute resolution to international arbitration. However, if such conflicts are solved by national courts, contractual terms may be contrary to the Directive of 18 December 1986 concerning coordination of Member States' rights regarding self-employed commercial agents and therefore the domestic legislation of the Member States

1. Introducción

1.1 La naturaleza del contrato de agencia internacional

1.1.1 Unanimidad en cuanto a la definición del contrato de agencia

Hasta el año 1992, el contrato de agencia carecía de regulación legal y, por tanto, de una definición legalmente establecida en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, dada la relevancia que había adquirido en el tráfico mercantil, la doctrina trató de dar contenido a este modelo contractual apoyándose en la escasa y segmentada regulación existente. En concreto, el Estatuto General de Colegios de Agentes Comerciales, aprobado por Real Decreto 3595/1977, de 30 de diciembre, definía al Agente Comercial como *“toda persona que se encargue permanentemente de promover, negociar o concretar las operaciones mercantiles en nombre y por cuenta de una o varias Empresas, mediante retribución y en zona determinada, cualquiera que sean las características contractuales con que realice su cometido”*. Esta definición como señala la profesora Quintáns¹, contiene las características esenciales de lo que entendemos por Agente Comercial y no dista mucho del concepto legal vigente en la actualidad.

En el año 1992 se aprueba la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre Contrato de Agencia (en adelante, LCA), que trae causa en la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (en adelante, Directiva). Si bien ambos textos serán analizados posteriormente, cabe en este punto traer a colación las definiciones que ofrecen sobre el contrato de agencia.

En primer lugar, y siguiendo un orden cronológico, la Directiva define a los agentes comerciales como: *“(...) toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona,*

¹ Cf. M. Quintáns, Eiras, *Modelos de contratos internacionales*, Barcelona, Grupo Difusión, 2007, p.122.

denominada en lo sucesivo el “empresario”, la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario.”

Posteriormente, el legislador español al transponer la Directiva, define el contrato de agencia (y no al Agente Comercial tal y como habían hecho la mayor parte de los Estados miembros) en los siguientes términos: *“Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o, a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”*.

Independientemente de que como señala la exposición de motivos del texto legal, el legislador español haya puesto su atención en la agencia como contrato y no en el tratamiento legal del agente, tal y como será analizado, ambos textos coinciden en cuanto a las notas características del modelo de contrato objeto de regulación.

1.1.2 Notas características del Contrato de Agencia

Partiendo de la base de que la LCA incorpora al derecho español el contenido de la Directiva, la esencia de los elementos definitorios del Contrato de Agencia coincide en ambos textos². Sin embargo, el legislador español, conocedor del vacío legal existente respecto del contrato de agencia, entendió “conveniente dotar al contrato de agencia de un régimen jurídico suficiente” y por ello, como será analizado, amplía el contenido de la Directiva objeto de transposición³. El legislador comunitario y consecuentemente el español, señalan como elementos esenciales de todo contrato de agencia los siguientes:

²Como será analizado, el contrato propuesto por la Cámara de Comercio Internacional objeto de análisis, sigue la línea marcada por la Directiva y por tanto, las notas definitorias del contrato expuestas en las siguientes líneas, han inspirado la redacción del referido contrato con algunas especialidades tal y como será señalado.

³ Cf. E. Guardiola, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 29

En primer lugar, cabe destacar el carácter de intermediario independiente del Agente: en efecto, la diferencia fundamental entre el representante de comercio y el agente comercial radica precisamente en esta independencia o autonomía que falta en el primero. Precisamente, la distinción entre un empleado del principal o empresario y un agente comercial independiente tal y como será analizado, ha sido fruto de multitud de controversias resueltas por la jurisprudencia.

En segundo lugar, por lo que se refiere al objeto del contrato, establece el legislador español que el agente puede ser un mero negociador es decir, una persona dedicada a promover actos y operaciones de comercio o asumir también la función de concluir los negocios promovidos por él. Con ello, se amplía el objeto del contrato señalado por la Directiva en tanto que la actividad del agente podría ir más allá de la venta o compra de mercaderías. Precisamente, en razón de la función del agente comercial, se pueden distinguir entre agentes de importación, exportación, importación y exportación, generales o de compra⁴.

En tercer lugar, el agente comercial actúa por cuenta de uno a varios empresarios lo que significa que el agente en el ejercicio de sus funciones, es decir, cuando concluye actos y operaciones de comercio, debe hacerlo en nombre del principal no incluyéndose en principio, como requisito la exclusividad del agente.

En cuarto lugar, se establece también como rasgo definidor del contrato, su permanencia o estabilidad. En este sentido, el legislador español aclara que si bien el contrato puede ser por tiempo determinado o indefinido, la relación entre el agente y el principal debe ser, durante el tiempo de vigencia, estable y permanente.

Finalmente, en quinto lugar, el legislador español incluye como rasgo esencial, el carácter retribuido del agente. Si bien la definición ofrecida por la Directiva no incluye

⁴Vid. A. Ortega Giménez, *Guía práctica de contratación internacional*, Madrid, ESIC Editorial, 2009, p. 46

tal requisito, se deduce expresamente cuando excluye de su ámbito de aplicación a los agentes no remunerados⁵.

En definitiva, pese a que el legislador español amplía alguno de los rasgos esenciales del contrato de agencia, como no podía ser de otra manera, mantiene la línea marcada por la Directiva. En lo relativo al contrato modelo propuesto por la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) que será analizado en adelante, cabe adelantar, que si bien las cláusulas contractuales siguen la línea marcada por la Directiva, tienen un ámbito de aplicación más restringido. En concreto, el modelo parte de la presunción de que el agente comercial únicamente promueve la venta de bienes del principal y posee la exclusividad del territorio en el que actúa.

1.1.3 El contrato de agencia en el marco de los contratos de colaboración

En el ámbito del comercio internacional, muchas de las empresas (principalmente pequeñas y medianas empresas) que deciden extender su actividad a otros países o mercados buscan establecerse con efectividad y sin un alto coste y, para ello, necesitan la intermediación o colaboración de terceros. De esta manera, surgen los contratos de colaboración internacional por los que se gestionan intereses ajenos⁶.

Entre los contratos de colaboración más utilizados en la práctica, se encuentran los contratos de agencia, comisión, distribución y representación comercial.

Si bien todos los contratos de colaboración tienen un punto en común, esto es, regulan la colaboración de un empresario con un tercero, difieren en varios aspectos, entre los que destacan el objeto del contrato, el nivel de vinculación entre el empresario y el

⁵ Así lo señala la Exposición de motivos de la Directiva de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes.

⁶ *Vid.* U.N.E.D, “*Los contratos de colaboración mercantil*”, p.1.

tercero y su grado de subordinación a las directrices de la organización jerárquica de aquel, y la forma de remuneración⁷.

CARACTERÍSTICAS	CONTRATO AGENCIA	CONTRATO DE COMISIÓN	CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN	CONTRATO DE REPRESENTACIÓN COMERCIAL
INDEPENDENCIA	SI	NO	SI	NO
AJENEIDAD	SI	NO	NO	SI
RETRIBUCIÓN	SI	SI	NO*	SI
ESTABILIDAD	SI	NO	SI/NO	SI

* Su beneficio estará entre el precio de compra y la reventa de la misma⁸

Entre todos los contratos analizados, la CCI señala el contrato de agencia como el más simple y probablemente, el más frecuentemente utilizado en términos de organización de la distribución de bienes en el extranjero⁹. En este sentido, se entiende que la función económica del contrato de agencia radica en satisfacer la necesidad del empresario que decide ampliar su clientela a un emplazamiento distinto del de la empresa a través de la contratación con un agente local conocedor del mercado y la clientela del lugar en cuestión. En definitiva, permite que el empresario que decide distribuir sus bienes en el extranjero no arriesgue su capital en la apertura de sucursales, sino que, a través de un

⁷ En este sentido, resulta esclarecedora la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de septiembre de 2013 que señala las diferencias entre el contrato de agencia y los demás contratos de colaboración: “*En definitiva, el elemento que caracteriza el contrato de agencia es la promoción de operaciones por cuenta ajena, a diferencia de la concesión o distribución en exclusiva en donde prima la adquisición en firme (en su nombre y por cuenta propia) para la reventa. Precisamente una consecuencia importante del diferente objeto de ambos contratos es que el agente recibe siempre su retribución del empresario principal. Esa remuneración es una obligación contractual que consiste en una comisión. Por el contrario, el concesionario o distribuidor exclusivo no recibe remuneración alguna del concedente o empresario principal, sino que obtiene su beneficio por la diferencia entre el precio que él paga por los productos y el que cobra por la reventa a sus clientes.*”

⁸ Vid. A. Ortega Giménez, *Guía práctica de contratación internacional*, Madrid, ESIC Editorial, 2009, p. 48

⁹ Vid. International Chamber of Commerce, “*ICC Model Commercial Agency Contract*”, París, 2007, p.7

contrato de agencia consiga ampliar su clientela en el mercado en cuestión valiéndose de la posición de la que goza el agente local en dicho mercado.

1.2 La función de la CCI respecto de los estándares contractuales.

Desde sus inicios, la regulación prevista para el contrato de agencia internacional, y para la mayor parte de los contratos internacionales, se ha caracterizado por su parcialidad y falta de armonización¹⁰.

En efecto, a nivel comunitario, el entonces Consejo de las Comunidades Europeas, conocedor de la de disparidad existente entre las distintas legislaciones de los Estados miembros en relación con el contrato de agencia (o incluso, la falta de regulación en algunos Estados) y las consecuencias que ello suponía (falta de seguridad jurídica), promulgó la Directiva de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, persiguiendo las siguientes finalidades: la armonización de las legislaciones de los diferentes Estados comunitarios y la protección de la figura del agente comercial, que como será analizado se entiende como la parte débil del contrato; dotar de contenido mínimo al contrato de agencia; y, conseguir una aproximación y tratamiento jurídico común para la actividad de agente comercial dentro de los Estados Miembros ¹¹.

Si bien desde un marco internacional, se entiende que dentro de la Unión Europea existe una tendencia hacia las “armonizaciones de las leyes nacionales” con base en la Directiva, desde las instituciones internacionales y en concreto, desde CCI, se advierte que, además de ser una armonización lenta y parcial, deja a los Estados Miembros la libertad de mantener (o, posiblemente, adoptar en el futuro) disposiciones que detraigan la Directiva en favor del agente¹². Todo ello tiene como consecuencia directa que pese a

¹⁰Cf. E. Guardiola, *Contratos de colaboración en el comercio internacional...*, op.cit, p.79

¹¹ Cf. N. Estévez Tur, “La contratación del agente comercial en España y dentro de la UE”, Barcelona, BOSCH,2007, p. 20

¹² Vid. International Chamber of Commerce “ICC Model Commercial Agency Contract”...loc.cit, p.7

los avances introducidos por la Directiva, sigan existiendo diferencias entre las legislaciones nacionales y la consecuente falta de seguridad jurídica.

Es precisamente este el origen de la proliferación de modelos contractuales propuestos por diversas instituciones que tratan de dar seguridad jurídica en un marco internacional carente de una regulación uniforme. Como será analizado, entre estas instituciones juega un papel fundamental la CCI. Esta institución ofrece una solución alternativa consistente en el uso de normas contractuales uniformes que no estén basadas en ninguna ley nacional sino que incorporen los usos del comercio junto con los principios generalmente reconocidos por las leyes nacionales.

Entre los modelos propuestos por la CCI se encuentra el Contacto de Agencia Comercial Internacional que se basa tanto en la práctica del comercio internacional (en la costumbre) como en los principios generalmente aceptados por las legislaciones internas de los Estados. Sin embargo, y como señala la propia CCI, la concordancia con todas las legislaciones no es posible, máxime teniendo en cuenta que existen conflictos entre ellas mismas, por lo que se opta (más que por respetar cada cláusula establecida), por seguir los principios básicos establecidos en las legislaciones sobre el contrato de agencia. De esta manera, la CCI señala que, pese a que no todas las cláusulas incluidas en el modelo coinciden con las establecidas en las legislaciones internas, el riesgo de conflicto con el orden público interno de cada Estado es mínimo en tanto en cuanto, se respetan los principios generalmente reconocidos por la legislación interna¹³. En todo caso, se entiende que si las disposiciones chocan con el orden público interno del Estado en cuestión, estas deben ser tenidas en consideración si su aplicación se entiende como razonable en el contexto de comercio internacional.¹⁴

Así pues, la relevancia del análisis del modelo de contrato de agencia internacional propuesto por la CCI viene dada precisamente por su generalizada aplicación a nivel internacional y ello se debe fundamentalmente al prestigio internacional de la propia

¹³ Ya ha sido puesto de manifiesto que el modelo de contrato objeto de análisis sigue la línea marcada por la Directiva y por tanto coincide en los aspectos generales marcados por esta.

¹⁴ *Vid.* *ibídem*, p. 7

Institución y de los integrantes del Grupo de Trabajo que desarrolla el presente modelo¹⁵. El profesor Dr. H. Ercüment Erdem¹⁶ entiende que ni se trata de contratos de adhesión, en tanto que han sido diseñados para que sean adaptados a las necesidades de ambas partes, ni tampoco de condiciones generales de contratación o contratos estandarizados. En este sentido, el profesor Schmitthoff¹⁷ define los contratos modelos como “*términos en los cuales ha sido formulado por adelantado por una agencia internación en armonía con la práctica comercial internacional, y que han sido aceptados por las partes contractuales después de haber sido ajustados a sus necesidades concretas*”

Por otro lado, y aunque este punto será analizado posteriormente, cabe anticipar que el modelo prevé diferentes posibilidades para la resolución de conflictos por las que las partes contractuales deberán optar. De un lado, se prevé la posibilidad de someter los litigios derivados del contrato tanto al arbitraje internacional como a los tribunales nacionales. De otro lado, como ley aplicable al contrato, las partes deberán elegir entre someter el mismo a la *lex meritoria* o a una determinada ley nacional.

El propio modelo advierte de que en caso de que las partes decidan someter los conflictos a un tribunal nacional, la opción adecuada sería establecer como ley aplicable una ley nacional. En este sentido, podría afirmarse que la ventaja fundamental del modelo, que como se ha señalado radica en evitar la inseguridad jurídica que produce la falta de uniformidad de las legislaciones nacionales, desaparece cuando las partes someten la resolución de los litigios a tribunales nacionales y legislaciones nacionales, siendo incluso posible tal y como será analizado que alguna cláusula del contrato choque con las disposiciones de la ley nacional concreta.

¹⁵ Vid. E. Guardiola, *Contratos de colaboración en el comercio internacional...*, op.cit, p.79

¹⁶ Cf. H. Ercüment Erdem, “*ICC Modal Contract*”, Herdem & Herdem Law Firm, p.2

¹⁷ Vid. C. Schmitthoff, “*The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions*”, *International Comparative Law Quarterly*, 17 1968, p. 551.

Centrando el análisis en el supuesto en el que las partes se sometan a una legislación nacional, debe traerse a colación el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Roma I). Pese a que para otros contratos internacionales como el contrato de franquicia o distribución se establece un régimen especial que protege a la parte débil del contrato (en su caso franquiciado y distribuidor), no existe como ya acontecía con el Convenio de Roma, ninguna norma de conflicto especial para el contrato de agencia y por tanto, el referido contrato se somete a las normas de conflicto generales de determinación de la ley aplicable previstas en los artículos 3 y 4 del Reglamento.

A continuación, será analizado el contrato de agencia comercial propuesto por la CCI, teniendo en cuenta las dos posibilidades ya comentadas, esto es, que las partes se sometan a los principios de los contratos comerciales internacionales siendo los hipotéticos futuros litigios resueltos por el arbitraje internacional o por el contrario, sometan las futuras controversias a tribunales nacionales que apliquen leyes nacionales. Por ello, se ha considerado oportuno traer a colación tanto jurisprudencia como laudos arbitrales que resuelvan conflictos derivados del contrato de agencia internacional.

2. Cláusulas generales

Determinadas cláusulas son consideradas como generales y comunes a todos los contratos. En concreto, y tomando en consideración los demás modelos provistos por la CCI, las cláusulas relativas a las partes contratantes, el objeto del contrato, el principio de buena fe, los acuerdos previos, modificaciones y nulidad del contrato y, finalmente la prohibición de cesión del contrato, se configuran como cláusulas comunes a todos los contratos con las especialidades correspondiente en razón de la naturaleza de cada uno de ellos.

2.1 Partes contratantes

En cuanto a las partes intervinientes en el contrato, del articulado se desprende que son, el Principal, como empresario y el Agente, como persona física o jurídica. Ya han sido previamente analizadas las características inherentes al agente (autonomía,

permanencia, promoción o conclusión de actos de comercio y carácter remunerado). Precisamente, una de las cuestiones que más controversia ha suscitado a nivel de la Unión Europea radica en la posibilidad de que los Estados miembros establezcan requisitos especiales o adicionales a los previstos en la Directiva en relación con la figura del agente comercial. En concreto, la exigencia de registro del agente en el Estado en el que va actuar ha sido prevista por algunas legislaciones de estados comunitarios pero no por la Directiva. Sobre esta cuestión se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia 30 de abril de 1998 en los siguientes términos: *“La Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, se opone a una normativa nacional que supedita la validez de un contrato de agencia a la inscripción del agente comercial en un Registro establecido a tal efecto”*. La relevancia de esta Resolución va más allá del caso concreto pues de la Sentencia se desprende que la facultad de los legisladores nacionales de imponer requisitos más allá de la Directiva queda limitada a los supuestos para los que la propia norma lo establezca expresamente como ocurre con la exigencia de que el contrato sea redactado por escrito¹⁸.

En todo caso, y como ha sido señalado, este tipo de conflictos favorece a la proliferación de modelos como el que es objeto de análisis con los que, aparentemente, se evitarían estas controversias. Ha de llamarse la atención que el contrato modelo en modo alguno exige el cumplimiento del referido requisito, por lo tanto pueden abrirse dos escenarios: a saber, que las partes hayan sometido la resolución de conflictos al arbitraje internacional, o a tribunales nacionales, pudiendo ser distinta la solución en ambos supuestos¹⁹.

2.2 Territorio y productos

¹⁸De la jurisprudencia del TJUE se desprende que la Directiva se configura como una norma de mínimos y por tanto tal y como será analizado posteriormente, los Estados miembros en ningún caso podrán limitar los derechos de los agentes comerciales previstos en la misma.

¹⁹ Véase página 34 del presente trabajo.

La exactitud y claridad de redacción de estas cláusulas resulta vital para evitar futuras controversias. Por un lado, deberá ser detallado que productos serán objeto de venta por mediación del agente pues en muchas ocasiones, el contrato no se extiende a la totalidad de productos fabricados por el empresario y en consecuencia, quedan algunos de ellos excluidos del ámbito objetivo del mismo²⁰. Por otro lado, la delimitación del territorio resulta esencial en tanto que la comisión viene determinada por los negocios promovidos por el Agente en el Territorio. En este sentido, si bien el modelo parte de la exclusividad del agente, es decir, que este sea el único contratado por el Principal en el Territorio, el Principal podría contratar si así lo pactan las partes con otros agentes en el Territorio. Para ese supuesto, la delimitación de esta cláusula será aun más relevante y deberá ser modificada en tanto que como se ha señalado el modelo parte de la exclusividad del Agente.

Además, una de las ventajas señaladas por la doctrina en relación con el modelo objeto de análisis radica en la claridad de estas cláusulas en tanto que se prevé que las partes especifiquen tanto los productos como el territorio, de forma separada al articulado (Anexo I)²¹.

2.3 Buena fe y honradez

Todos los modelos provistos por la CCI incluyen una cláusula relativa a la buena fe contractual que tiene su origen en los principios UNIDROT, en concreto, en su cláusula 1.7. Efectivamente, una de las obligaciones esenciales que se le exige tanto al Agente como al Principal, es actuar siempre de buena fe y de forma leal tanto en las negociaciones precontractuales como durante la vigencia del contrato²². En este sentido, son muchos y muy variados los motivos por los que puede quebrantarse la buena fe

²⁰Vid. E. Guardiola, *Contratos de colaboración en el comercio internacional...*, op.cit, p.79

²¹Cf. Ercüment Erdem, “*ICC Modelo Contracts*”,...loc.cit, p.5

²² Ha de llamarse la atención de que Además, los referidos principios UNIDROIT prevén en el artículo 2.15 una cláusula condenatoria para aquella parte que haya negociado el contrato con mala fe siendo responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. En concreto se señala como supuesto de mala fe cuando una parte negocia sin intención de contratar con la otra parte.

contractual, siendo probablemente uno de los más comunes el supuesto en el que agente presta sus servicios a principales competidores entre si y no informe de tal circunstancia (obligación regulada en la cláusula quinta del presente modelo). Los tribunales nacionales entienden que se trata de un supuesto de quebrantamiento de la buena fe contractual²³.

2.4. Acuerdo previos-Modificaciones-Nulidad

Señala la CCI en todos los contratos modelo que cualquier acuerdo previo entre las partes sobre el objeto del contrato queda remplazado por el contrato, las modificaciones introducidas únicamente serán válidas si son hechas por escrito²⁴ y, finalmente, la nulidad de una cláusula del contrato no conlleva la nulidad del contrato en su totalidad salvo que se trate de una cláusula esencial del mismo (ej. si la cláusula es de tal importancia que las partes no hubiesen suscrito el contrato de haber conocido su nulidad)²⁵.

2.5. Prohibición de cesión

La cláusula vigésimo séptima del contrato modelo señala que *“El presente contrato no puede ser cedido salvo previo acuerdo escrito de las partes”*.

Consecuentemente, el contrato de agencia se configura en principio, como un contrato personalísimo, es decir, aquel contrato que se realiza *“intuitu personae”*, atendiendo a

²³En este sentido, la Audiencia Provincial de Salamanca se pronuncia en los siguientes términos:
“(…)se puede presumir legítimamente que los agentes demandantes habrían continuado su actividad con la entidad "Eurociencia S.A." al tiempo que comenzaron a desplegar la misma actividad de agencia con "El Secretario S.L.", incumpliendo así lo dispuesto en el art. 7 LCA y, con ello, la obligación general de lealtad y buena fe exigida en el art. 9.1 del mismo cuerpo legal; de modo que el incumplimiento de sus obligaciones básicas supone una ruptura del sinalagma contractual que les deslegitima materialmente para exigir el cumplimiento de la obligación recíproca de pago del agenciado, debiendo en consecuencia desestimarse sus pretensiones en este proceso.”

²⁴ Sin embargo, en caso de que las modificaciones hayan sido tácitamente aceptadas por la otra parte, no será necesario que la modificación sea recogida por escrito. Así lo señala el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 506/2007 de 16 de mayo:

“(…) Lo cierto es que la propia parte reconoce, y así acredita documentalmente, que remitió, y se le abonaron las comisiones conforme a la modificación aludida, y es con posterioridad, meses después de mantenerse esa situación sin que conste protesta del acto, cuando muestra extemporáneamente su disconformidad” (..)Sustentando la modificación en el principio esencial de que nadie puede ir contra sus propios actos, que pretende contradecir el actor, pero de forma extemporánea, desestimando por ello la primera pretensión del actor”

²⁵ Vid. *“International Chamber of Commerce ICC Model Commercial Agency Contract” ... loc.cit,p.27*

las características personales de la otra parte. Por ello, el modelo establece la prohibición de cesión del contrato salvo pacto expreso de las partes.

3. Obligaciones del agente

De la lectura de las cláusulas analizadas a continuación, se aprecia que el contrato distingue entre cláusulas u obligaciones “imperativas” inherentes al contrato de agencia y cláusulas “potestativas” que las partes pueden acordar establecer y que únicamente serán exigibles si se pactan expresamente o excepcionalmente, hayan sido tácitamente aceptadas. El modelo propuesto por la CCI en lo que se refiere a los derechos y obligaciones de los agentes comerciales sigue la línea proteccionista marcada por la Directiva y únicamente difiere con este texto en detalles que serán analizados a continuación.

3.1 Funciones del agente

Como ya ha sido advertido, el modelo objeto de análisis limita su ámbito de aplicación a los denominados por la doctrina como agentes de ventas de bienes. En este sentido, la función del agente consiste en lograr pedidos sobre los productos (bienes) con clientes del Territorio en favor del principal, por lo tanto tal y como advierte el propio modelo, en caso de que las funciones del Agente sean distintas a las descritas deberá ser adaptada las distintas cláusulas del modelo.

Centrando el análisis en las funciones del Agente, el contrato señala como esenciales, las previstas en los apartados primero y cuarto de la cláusula tercera. En principio, el agente se configura como mero intermediario que negocia por cuenta de un empresario la venta de los productos en el Territorio acordado entre ambos. No actúa por cuenta propia, sino por cuenta del empresario, e interviene como mero negociador que pone en contacto a un vendedor con un comprador en los términos que el Principal haya señalado. Sin embargo, el modelo prevé la posibilidad de que las funciones mínimas antes señaladas sean ampliadas siempre y cuando se recojan expresamente en el contrato. En concreto, se incluye la posibilidad de que el principal amplíe las funciones del agente en cuanto al territorio, conclusión del contrato y recepción de pagos.

En primer lugar, tal y como ha sido analizado, las funciones del agente se circunscriben al Territorio delimitado en la cláusula segunda, sin embargo, el Grupo de Trabajo que elabora el presente modelo, conocedor de la realidad comercial, prevé, de un lado, la posibilidad de que el Principal permita que el Agente negocie fuera del Territorio y, de otro, en el supuesto de que el Agente negocie dentro del Territorio ventas que se producirán fuera del mismo, se prevé una cláusula especial (apartado segundo de la cláusula décimo quinta) que garantiza el cobro de la comisión correspondiente y que será analizado posteriormente. En segundo lugar, la cláusula tercera, incluye la posibilidad de que el Principal faculte al Agente para firmar contratos en su nombre. Finalmente, el apartado cuarto posibilita que el Agente pueda recibir pagos dirigidos al Principal cuando éste expresamente lo autorice, siendo necesario que el pago se trasmita al Principal lo antes posible y que sea depositado de forma separada en las cuentas del Agente.

En definitiva, las funciones del Agente están claramente delimitadas y cualquier ampliación de las mismas requiere autorización expresa del Principal.

Cabe en este punto hacer mención a la posibilidad cierta de que las obligaciones que se imponen al agente puedan ser semejantes a las de un empleado desapareciendo por tanto la nota de independencia que caracteriza al Agente y ello con independencia de que el contrato haya sido denominado como de agencia comercial. En España, la jurisprudencia viene señalando como indicios de laboralidad la imposición de un horario, la entrega de material corporativo o la imposición de un lugar de trabajo²⁶. El propio modelo recomienda que el Principal contrate con un Agente persona jurídica máxime cuando el Agente esté establecido en un Estado donde la jurisprudencia tienda a calificar de empleado al agente que no desarrolla su actividad de forma independiente. En este sentido, tal y como ha sido analizado, uno de los problemas fundamentales del

²⁶ Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 9 de octubre de 2007, establece que *“el elemento determinante de la no laboralidad va a radicar en la manera de desarrollar la actividad y más concretamente en la autonomía en su realización, entendiéndose ésta como la facultad de organizar tanto la actividad profesional, como el tiempo dedicado a la misma conforme a un criterio propio (art. 2 LCA).”*

modelo objeto de análisis viene marcado por la posible contradicción de las cláusulas contractuales con la legislación a la que hipotéticamente se sometan las partes. En concreto, la nota de ajeneidad que se exige al Agente en todas las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea ha dado origen a cierta controversia.

3.2 Compromiso de no competencia

La única cláusula prevista que limita la competencia restringe sus efectos a la vigencia del contrato. En consecuencia, el modelo no prevé ninguna cláusula que limite la competencia una vez extinguido el contrato pese que las partes podrían pactar esta restricción. Se advierte en este sentido, y para el caso en que el contrato se rija por una ley nacional, que en muchos Estados esta última posibilidad se encuentra muy restringida e incluso la Directiva limita a un plazo de dos años la limitación pos contractual de la competencia en el Territorio.

La prohibición de competencia durante la vigencia del contrato se configura como una cláusula inherente al contrato salvo que el Principal establezca cosa distinta y una causa de resolución del contrato en caso de incumplimiento²⁷. La cláusula prevista restringe su ámbito de aplicación a aquellos productos que estén en competencia con los Productos (apartado primero de la cláusula quinta), y a aquellos productos no competitivos de un fabricante competidor del Principal (apartado tercero de la cláusula quinta).

A nivel comunitario, se llegó a plantear la posibilidad de que el establecimiento de este tipo de cláusulas pudiera ser contrario al Derecho de la competencia. Sin embargo, tanto la Comisión Europea como posteriormente el TJUE descartan tal posibilidad en tanto

²⁷En efecto, la vulneración de las cláusulas anteriormente referidas se configura como una causa de incumplimiento contractual y por tanto de resolución del contrato. Sobre esta cuestión se pronuncia el Tribunal Supremo entre otras en Sentencia de 8 de abril de 2012 donde en un supuesto de vulneración del pacto de exclusividad señala que tal incumplimiento tiene la entidad suficiente para provocar la resolución de contrato en tanto que las partes expresamente así lo han señalado: *Es cierto - lo destacan las sentencias de 19 de mayo de 2.008, 4 de enero de 2.007, 22 de marzo de 1.985, 7 de marzo de 1.983 y 25 de febrero de 1.978 - que no todo incumplimiento - en el sentido de falta de identidad cualitativa, cuantitativa o circunstancial de lo ejecutado con lo debido - es suficiente para resolver una relación de obligaciónn sinalagmática y que, para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria, debe ser esencial - sentencia de 5 de abril de 2.006 -. Pero no hay duda de que esa condición la merece aquel incumplimiento que la tenga precisamente por ser esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la " lex privata " por la que quieren regular su relación jurídica - sentencia de 19 de mayo de 2.009 -"*

que entienden que el Agente no puede ser considerado comprador o vendedor por sí mismo y por tanto estos pactos no quedan afectados por las prohibiciones del derecho a la competencia contenidas 105.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁸.

3.3 Organización de ventas, publicidad y ferias. Uso de marcas y símbolos del principal

El modelo establece una obligación genérica al Agente quien deberá poner todos los medios necesarios para asegurar el cumplimiento de su obligación principal. El apartado primero de la cláusula sexta únicamente señala la obligación de disponer de una organización de ventas adecuada y en su caso, de un servicio post-venta. Por otro lado, se ha considerado oportuno dejar al arbitrio de las partes las consideraciones relativas a la publicidad y participación en ferias. El modelo prevé la posibilidad de que las partes acuerden hacer frente conjuntamente a los gastos de publicidad (apartado 2) o de participación en ferias (apartado 3) que tengan lugar en el Territorio. En este sentido, el modelo incluye en el Anexo III apartados 1 y 2 el reparto de los costes de publicidad y de participación en ferias y exhibiciones respectivamente.

Como ya ha sido advertido anteriormente, existe la posibilidad de que las funciones del agente sean ampliadas hasta el punto que desaparezca la nota de ajeneidad inherente al contrato de agencia por lo que las partes, a la hora de determinar los porcentajes, deberán tener presente esta circunstancia y es que uno de los indicios que implica falta de ajeneidad es que el Agente corra con todos los gastos de publicidad²⁹.

Finalmente, en cuanto al uso de marcas y símbolos del Principal, el modelo prevé en la cláusula onceava la obligación del Agente de usar las marcas y símbolos del Principal con el fin de promocionar los productos y a dejar de usarlas inmediatamente en el momento de expiración o terminación del mismo. Además, se compromete a no

²⁸Vid. E. Guardiola, *Contratos de colaboración en el comercio internacional...*, op.cit, p.35

²⁹Tal circunstancia es señalada en el propio modelo en los siguientes términos:

“Si los gastos de publicidad son asumidos por el Agente, puede existir el riesgo de que el contrato pueda ser considerado como de distribución”.

registrar ni haber registrado ninguna marca o símbolo del Principal (ni ninguno similar) en el Territorio o en cualquier lugar.

3.4 Objetivo de ventas

El modelo deja al arbitrio de las partes la posibilidad de establecer tanto un objetivo de ventas como un objetivo mínimo garantizado. Si bien el incumplimiento del primero no conlleva la terminación del contrato (siempre que el Agente haya actuado diligentemente), el incumplimiento del segundo, si las partes así lo establecen, puede ser causa de terminación de contrato o de la consecuencia que las partes pacten y establezcan expresamente en el Anexo IV³⁰.

La jurisprudencia viene señalando en este sentido que el hecho de que las partes acuerden establecer un objetivo de venta implica (si se dan los demás requisitos que serán posteriormente analizados) que en caso de resolución del contrato, el Agente tendrá derecho a la indemnización por clientela que será analizada en un epígrafe posterior del presente trabajo³¹.

3.5 Sub-agentes

Si bien la redacción de la presente cláusula resulta clara (o se permite que el Agente comercial contrate con sub-agentes o no se permite), han surgido ciertas controversias en torno a la figura del sub-agente y su proximidad a la del dependiente o empleado. El Agente, en el ejercicio de sus funciones puede valerse y así lo prevé el apartado primero de la cláusula sexta del modelo, del personal que necesite para cumplir de forma adecuada con sus funciones. Sin embargo, tal y como ha sido puesto de manifiesto, una de las características inherentes al contrato de agencia es su carácter personalísimo. Es precisamente esta circunstancia, el fundamento de la cláusula por la que se restringe la posibilidad de que el Agente delegue sus funciones a un subagente.

³⁰ “ *El principal puede terminar el contrato, cancelar la exclusividad del Agente, o reducir la extensión del Territorio*”

³¹ En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de marzo de 2012:(...)ya que lo esencial es el hecho probado de que, precisamente por el concreto contenido de la relación jurídica litigiosa, que imponía al demandante unos objetivos consistentes en el aumento de clientela manteniendo la anterior, unido al hecho igualmente probado de que la hoy recurrente siguió manteniendo relación con quienes eran clientes del demandante. Se dan por tanto los presupuestos de la compensación por clientela, que no pueden quedar neutralizados por el prestigio de las marcas del fabricante.”

En este sentido, la diferenciación entre la figura del sub-agente con la del dependiente resulta de vital importancia en tanto que como ha sido señalado si bien la primera se encuentra restringida, la contratación de personal es perfectamente compatible con el contrato de agencia. Pues bien, la nota fundamental que diferencia la figura del dependiente del sub-agente, es su relación con el Agente. Si bien el primero tiene una organización empresarial independiente del agente, el segundo ejerce sus funciones integrado en la organización empresarial del Agente³².

3.6 Deber de información

Entre las obligaciones más esenciales e inexcusables del Agente se encuentra la de mantener debidamente informado al Principal desde el momento de formalización del contrato. El ámbito material de la referida obligación es considerablemente extenso en tanto que el Agente debe informar en el momento de formalización del contrato, de todos los productos que representa, fabrica o distribuye directa o indirectamente en ese momento. Posteriormente, durante la vigencia del contrato, el Agente deberá mantener informado al Principal de todos los productos que represente, distribuya o fabrique aunque estos no sean competitivos salvo que en atención a los productos y el campo de actuación en los que el Agente va a actuar no sea razonable esperar que afecte a los intereses del Principal³³, de sus actividades, de las condiciones del mercado del Territorio, de las legislaciones concernientes a los requisitos de los productos, de cualquier infracción de las marcas o símbolos del Principal de las que tenga noticia y, de las quejas de los clientes.

³² La LCA establece las mismas previsiones que el contrato por lo que en este sentido, la Audiencia Provincial de Burgos en Sentencia núm. 136/2014 de 13 junio señala lo siguiente: *“El agente, que precisa de autorización expresa del empresario para poder actuar por medio de subagentes, sin embargo puede servirse de personal dependiente para realizar tanto la promoción, como la conclusión de los actos y operaciones de comercio que se le hubieren encomendado, sin autorización del empresario.”*

³³ Por ejemplo, si hubiese razones para temer que la colaboración con un empresa competidora pudiera poner en peligro la confianza entre las partes o la protectora de la información confidencial.

El incumplimiento del deber de información ha sido considerado por la jurisprudencia como incumplimiento contractual de la entidad suficiente para que el Principal pueda resolver el contrato³⁴.

3.7 Responsabilidad financiera

El contrato modelo contiene en su número 10 la siguiente cláusula:

“El Agente deberá asegurar, con la debida diligencia, la solvencia de los clientes cuyas órdenes trasmite al Principal. No deberá transmitir órdenes de clientes de los que sabe o debe saber que se encuentran en una crítica situación financiera sin informar al Principal por adelantado de ese hecho. Deberá además, apoyar al Principal para recuperar las deudas no cobradas.

El Agente deberá actuar como un agente del credere solo si las partes así lo han acordado expresamente. En ese caso, las partes deberán completar el Anexo V.”

Si bien ha sido señalado que una de las características inherentes al contrato de agencia radica en que el Agente no asume el riesgo y ventura de las operaciones que promueve o contrata por cuenta del Principal, la presente cláusula abre la posibilidad a que el Agente responda ante el Principal de los créditos impagados por clientes (aunque no haya actuado de forma negligente), asumiendo personalmente el reembolso de los mismos si así lo pactan las partes. En todo caso, tal responsabilidad queda limitada al reembolso total o parcial de los créditos impagados (cuando el Principal no haya sido responsable), y no se extiende a los gastos en los que incurre el principal para recuperar esos créditos.

³⁴ Esta obligación ha sido regulada por la LCA en el artículo 9.2 b) e interpretada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de diciembre de 2008 es en los siguientes términos: “ *si el contrato litigioso imponía a los agentes una rigurosa obligación de rendición de cuentas (condición sexta) y unos deberes exhaustivos tanto de enviar a la compañía la documentación que ésta les requiriera como de facilitar al máximo cuantas inspecciones creyera oportunas la propia compañía (condición novena, obligaciones c y d); si también el contrato preveía como causa para su extinción la misma que en los anteriormente citados arts. 20 c) y 46 c) de Texto Refundido y Reglamento respectivamente; y si, en fin, lo probado es que los demandados-reconvinentes se resistieron durante años a enviar la documentación requerida por la compañía, obstaculizaron las inspecciones poniendo condiciones para seguir las instrucciones que se les impartían y, en definitiva, ocultaron así una situación real de la agencia que la prueba pericial demostró muy gravemente perjudicial para la compañía, la conclusión no puede ser otra que la de una muy exacta, pertinente y fundada aplicación por la sentencia impugnada de las normas que se citan como infringidas, sin que la política de dicha compañía en relación con sus agencias, sobre la que tanto han insistido los demandados-reconvinentes presentando documentación ante esta Sala, pueda impedir que aquélla resuelva un contrato de agencia por incumplimiento cuando éste, cual es el caso, sea grave y resulte probado (SSTS 5-6-95 en rec. 206/92 y 27-10-00 en rec. 3333/95).* “

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta cláusula, la Doctrina señala que el pacto de *star del credere* constituye una garantía personal de carácter accesorio, introducida convencionalmente por las partes³⁵. Pues bien, el modelo advierte (como en otras ocasiones) de las precauciones que tienen que tomar las partes que opten por incluir este pacto y además sometan el contrato a una ley nacional en tanto que muchas de las legislaciones nacionales limitan la extensión de esta cláusula. Llama la atención en este sentido que la Directiva no hace mención alguna a esta cláusula y en concreto, la legislación española (artículo 19. LCA) establece como único límite que la cláusula sea pactada por escrito sin ninguna limitación en cuanto al alcance de la responsabilidad del Agente. Sin embargo, muchas otras legislaciones, entre ellas la italiana o alemana, establecen limitaciones concretas, por lo que el modelo aconseja como en otras ocasiones, que las partes se aseguren de la legalidad de la cláusula establecida cuando sometan el contrato a una legislación nacional.

4. Obligaciones del principal

Tal y como ha sido puesto de manifiesto, una de las características esenciales del contrato de agencia radica en el carácter remunerado de los servicios del Agente. En efecto, la principal obligación del Principal coincide con el pago de la remuneración pactada, esto es, de la comisión del Agente. Más allá de esta obligación, el modelo impone al Principal la obligación de mantener informado al Agente con la finalidad de que este pueda prestar sus servicios correctamente y, ciertas limitaciones en relación con la contratación del Principal en el Territorio.

4.1 Exclusividad

El apartado primero de la cláusula décimo tercera parte de la exclusividad del Agente en tanto que establece:

“El Principal no podrá durante la vigencia del contrato contratar con otro agente dentro del Territorio.”

³⁵ Vid. M. Quintáns, Eiras, *Modelos de contratos internacionales...op.cit*, p.699

El modelo por tanto parte de la presunción de que el agente comercial se configura como “agente exclusivo” que a diferencia del “agente de zona”, puede impedir la actividad de promoción o venta de los Productos en el Territorio por terceros contratados por el Principal³⁶. En efecto, en caso de que el Principal contratase a otro agente en el Territorio, estaría lesionando el llamado derecho de exclusividad del Agente.

Sin embargo, el referido derecho no impide que el Principal pueda negociar directamente sin la intervención del Agente (siempre que haya informado a este) con clientes situados en el Territorio (apartado segundo y tercero de la cláusula décimo tercera). De este modo, cuando el Principal negocie directamente con clientes situados en el Territorio o reciba pedidos por internet de clientes situados en el Territorio, el Agente tendrá derecho a una comisión salvo que las partes hayan pactado expresamente que el Agente no cobrará por las referidas operaciones (apartado tercero y cuarto de la cláusula décimo tercera)³⁷. Finalmente, el modelo prevé la posibilidad de que las partes pacten la existencia de los denominados “clientes especiales” con los que negociará directamente el Principal. La comisión del Agente por las ventas que el Principal negocie quedará limitada al tanto por ciento que las partes pacten en el Anexo VI.

4.2 Deber de información

Tanto el deber de información como el deber de actuar de buena fe, configuran las dos obligaciones comunes de las partes contractuales que tienen como finalidad última que

³⁶ Ha de llamarse la atención que si bien el modelo parte de la exclusividad del Agente, ni la Directiva ni la LCA prevén dicha característica como rasgo definitorio del contrato de agencia.

³⁷El Grupo de trabajo que desarrolla el modelo, conocedor de esta nueva realidad, establece dos opciones por las que las partes pueden optar pensadas para dos supuestos.

De un lado, la cláusula 13.4 A señala que cuando el Principal promueva y venda los Productos por internet, el Agente tendrá derecho a una comisión por tal operación. Tal y como señala el propio modelo esta opción está pensada para el supuesto en el que el Principal venda los Productos a los clientes que ya están en contacto con el Agente.

De otro lado, la cláusula 13.4 B elimina la posibilidad de que el Agente obtenga una comisión por las ventas del Principal en el Territorio pensando en aquellos supuestos en los que el Principal promocioe los Productos a nuevos clientes que no se encuentran en la esfera de actuación del Agente, no interfiriendo por tanto en la actividad del Agente.

tanto el Agente como el Principal puedan actuar de la mejor manera posible. De este modo y en aras a que el Agente pueda prestar correctamente sus servicios, el Principal deberá facilitarle toda la información necesaria sobre los productos (apartado primero de la cláusula décimo cuarta), cualquier comunicación relevante con los clientes en el Territorio (apartado segundo de la cláusula décimo cuarta) y, en caso de que el Principal prevea que sus existencias van a sufrir una caída significativa, deberá informar de tal circunstancia al Agente en un tiempo razonable (apartado cuarto de la cláusula décimo cuarta). Finalmente, como ya ha sido señalado, el Principal tiene derecho a aceptar o rechazar los pedidos ofrecidos por el Agente, sin embargo, tiene la obligación de comunicar en un tiempo razonable su decisión (cualquier que sea) al Agente (apartado tercero de la cláusula décimo cuarta).

4.3. Deber de pago de la comisión del Agente

El presente modelo opta por un sistema de retribución del Agente mediante comisión en vez de establecer una cantidad fija por los servicios prestados³⁸. Pues bien, las características de la comisión que será pactada por las partes y especificada en el Anexo VI, se derivan del propio articulado.

En primer lugar, del apartado primero de la cláusula décimo quinta se desprende que el Agente (exclusivo) tiene derecho a la comisión siempre que las venta de los Productos se concluyan durante la vigencia del contrato con un cliente del Territorio, aunque la venta no haya sido promovida ni concluida por el Agente³⁹.

En segundo lugar, en principio y salvo que las partes establezcan otra cosa, la comisión pactada cubre los gastos profesionales en los que el Agente incurra en el cumplimiento de sus deberes. Ha de advertirse de que esta última cláusula choca con la LCA que

³⁸ En este punto la Directiva se remite en su artículo 6.1 a los usos del comercio habituales donde se ejerza la actividad a falta de pacto entre las partes y, la LCA señala en su artículo 11 como sistemas de remuneración, la percepción de una cantidad fija o de una comisión variable o una combinación de las dos anteriores.

³⁹ Esta previsión coincide con el artículo 7.2 de la Directiva que regula la comisión del agente exclusivo. Por su parte, el apartado primero del referido precepto, regula la comisión de los agentes comerciales que no gocen del referido derecho de exclusividad.

señala como regla general que *salvo pacto en contrario, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional. El Tribunal Supremo fundamenta este precepto en el carácter independiente del agente*⁴⁰.

En tercer lugar, en relación con los negocios no concluidos, la cláusula décimo séptima establece que si bien el Agente no tendrá derecho a comisión cuando el Principal haya rechazado el pedido, si lo tendrá cuando la orden haya sido aceptada y finalizada con la suscripción del correspondiente contrato sin que este haya llegado a ejecutarse, salvo que la no ejecución se produzca por causas ajenas al Principal⁴¹.

Finalmente, el modelo traslada lo dispuesto en la Directiva y en la LCA en relación con los negocios concluidos tras la resolución del contrato. Ambos textos distinguen las comisiones derivadas de pedidos transmitidos durante la vigencia del contrato y tras la resolución del mismo. Para el primer supuesto, el modelo prevé que el Agente tenga derecho a la comisión correspondiente cuando los negocios concluyan dentro de los seis meses siguientes a la resolución del contrato ampliando en este sentido los tres meses señalados por el artículo 13.1.a) de la LCA. Para el supuesto de pedidos transmitidos tras la resolución del contrato se prevé siempre que el Agente haya informado al Principal de la existencia del negocio pendiente y el pedido se deba a su trabajo que este tenga derecho al cobro de la comisión.

Además, la comisión del Agente se verá reducida en determinados supuestos (más allá del supuesto ya analizado referido a las operaciones con los denominados “clientes exclusivos”). En concreto, el apartado segundo de la cláusula décimo quinta prevé la reducción de la comisión para un supuesto ya analizado, esto es, para el supuesto en el

⁴⁰ El Tribunal Supremo en Sentencia 737/2013 de 28 de noviembre de 2013 en un supuesto en el que el Principal había adelantado al Agente los gastos que iba a ocasionar el ejercicio de su actividad, señaló que el Agente debía reembolsar el anticipo en tanto que los gastos deben ser asumidos por el Agente salvo pacto en contrario en aplicación del artículo 18 LCA.

⁴¹ En este sentido, la Directiva prevé en el artículo 10.1 b) que la comisión se devengará: entre otros supuestos cuando “ *el empresario hubiere debido ejecutar la operación en virtud del acuerdo celebrado con el tercero*”

que el Agente negocie con un cliente del Territorio ventas a clientes situados fuera del mismo. Del mismo modo, para el caso de que un agente situado en otro territorio pacte ventas con clientes situados en el Territorio, la comisión del Agente quedará reducida en los mismos términos.

Finalmente, el apartado tercero de la cláusula décimo quinta prevé la posibilidad de que las partes pacten por adelantado una reducción correspondiente con los descuentos practicados por el Agente que vayan más allá de los términos y condiciones aplicados por el Principal. Por lo tanto, dentro de los márgenes pactados por el Principal y el Agente este último puede proponer al cliente los descuentos que crea convenientes sin que vaya a practicarse ninguna reducción sobre su comisión. Sin embargo, una vez superados los límites marcados en el Anexo VI 3, la comisión del Agente se verá reducida en un tanto por cierto acorde con el descuento aplicado habiendo un descuento máximo que el Agente en ningún caso podría superar sin autorización expresa del Principal⁴².

Supongamos que el Principal y el Agente han pactado una comisión del 4% sobre las ventas y que la factura emitida es la que se detalla a continuación:

FACTURA 1/1/2015	
VENTAS	2000 €
GASTOS	200 €
IVA	462 €
TOTAL	2662 €

1. La comisión del Agente resulta de aplicar el 4% al importe de las ventas (2000€):80€.

En principio y salvo pacto en contrario, la comisión será calculada en la moneda de la factura (apartado primero y sexto de la cláusula décimo sexta). Por otro lado, el IVA no se incluye en la comisión sino que será el propio Agente el que como sujeto pasivo repercuta el IVA al cliente.

⁴² De esta cláusula se desprende también la cierta autonomía con la opera el Agente en tanto que si bien el precio de los Productos lo marca el Principal, el Agente podrá libremente aplicar descuentos sobre el mismo sin llegar en ningún caso a sobrepasar los límites pactados en el contrato.

2.El tanto por ciento de la comisión que corresponde al Agente dependerá de las siguientes circunstancias (apartado segundo de la cláusula décimo sexta):

A. Factura 100% pagada por el cliente—> Derecho al 100% de la comisión.

B. Factura 50% pagada por el cliente—> Derecho proporcional de la comisión.

C. Factura impagada pero el Principal ha asegurado el riesgo de impago. En este supuesto, el apartado cuarto del Anexo VI del modelo prevé dos posibilidades. Que el Agente reciba la mitad de la comisión a la que tiene derecho o que reciba el total de la comisión después de haber deducido de la misma los gastos en los que el Principal haya incurrido debido al impago del cliente.

3. En cuanto al momento del pago de la comisión, el modelo prevé como regla general que el pago deberá producirse antes del último día del mes siguiente al fin del trimestre en el que se emitió la factura. Además, el modelo pensando en la realidad práctica de las operaciones, prevé la posibilidad real de que la transferencia de la comisión pueda requerir autorización estatal por lo que para tal supuesto señala que el pago no se producirá hasta que el Principal haya obtenido el permiso correspondiente.

Finalmente, el modelo incluye en el apartado cuarto de la cláusula décimo sexta un derecho del Agente de gran relevancia, y es que faculta a este para que pueda exigir al Principal que muestre su contabilidad en aras a comprobar la comisión que le debe. Además, el Agente podrá si así lo decide y asumiendo su coste, solicitar que un auditor independiente compruebe las cuentas del Principal con el objetivo de cotejar los datos relevantes para el cálculo de la comisión. En este sentido, si bien la Directiva y la LCA prevén la obligación del Principal de mostrar al Agente su contabilidad, no incluyen referencia alguna a la auditoria de las cuentas del Principal. En todo caso, se trata de una ampliación de los derechos del Agente por lo que la referida cláusula contractual en caso de sometimiento a una legislación de un Estado miembro sería plenamente aplicable.

5. Duración y terminación del contrato

5.1 Duración del contrato

Tal y como ha sido analizado, una de los rasgos característicos del contrato de agencia es la estabilidad y permanencia. Del mismo modo, ha sido señalado que tan “permanente” es una agencia por tiempo indeterminado, como una agencia por un año⁴³. Es decir, lo relevante no es la duración del contrato sino la estabilidad del mismo⁴⁴. Consecuentemente, el modelo prevé la posibilidad de que las partes opten por un contrato de vigencia indefinida o por un contrato por tiempo limitado. Ambas opciones (cláusulas 18.1.A y 18.1.B) incluyen la opción de que las partes unilateralmente decidan resolver el contrato de forma anticipada, para lo que se exige un preaviso mínimo de cuatro meses y, en caso de que el contrato haya estado vigente durante un periodo de tiempo superior a cinco años, el preaviso deberá producirse con seis meses de antelación. Advierte asimismo el modelo de que estos límites son indisponibles, por lo que si bien puede ser aumentados en ningún caso se podrán pactar periodos de menor duración.

A diferencia de lo que establece el modelo, la LCA señala en su artículo 25 que *“el plazo de preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes”*⁴⁵. Puede concluirse que ambos textos difieren en los plazos de preaviso correspondientes a los 4 primeros años del

⁴³ Vid. Exposición de motivos de la LCA.

⁴⁴ Sobre el requisito de la permanencia del contrato de agencia se ha pronunciado el TJUE (entonces TJCE) entre otras en Sentencia 16 de marzo de 2006 en el Caso Poseidon Chartering BV contra Albert Mooij y otros. En este supuesto se cuestionaba la calificación de la parte demandante como agente comercial en tanto que durante la vigencia del contrato había negociado un único contrato. El Tribunal concluyó que el requisito de permanencia impuesto por la Directiva exige que el empresario haya encargado al agente la negociación de las prórrogas sucesivas de ese contrato tal y como aconteció en el supuesto.

⁴⁵ La LCA amplía los plazos previstos por la Directiva que en su artículo 15.2 establece: *“El plazo del preaviso será de un mes para el primer año del contrato, de dos meses para el segundo año, de tres meses para el tercer año y para los años siguientes. Las partes no podrán pactar plazos de preaviso más cortos.”*

contrato. Esto es, en caso de que el contrato sea resuelto al año de duración, si atendemos a la Ley, el plazo de preaviso sería de un mes, sin embargo, el modelo establece un plazo superior de cuatro meses. Tal discrepancia carece de relevancia práctica, en tanto que la propia ley permite que los plazos previstos sean ampliados siempre y cuando el plazo de preaviso del empresario sea superior al del agente⁴⁶.

Finalmente, en cuanto a la consecuencia última en caso de incumplimiento de los referidos plazos, la jurisprudencia viene señalando que se configura como un incumplimiento de una obligación contractual y, en consecuencia determina el nacimiento de la obligación de indemnizar, que será analizada a continuación y que se regula en la cláusula vigésima del presente modelo⁴⁷.

5.2 Resolución anticipada

En todo caso, cualquiera de las partes puede decidir resolver el contrato con efectos inmediatos (sin necesidad de preaviso) cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: que la otra parte haya incumplido sustancialmente en contrato y/o concurren circunstancias excepcionales (apartado primero de la cláusula vigésima). El propio modelo define en el apartado segundo de la cláusula vigésima lo que debe ser entendido por incumplimiento de contrato (cualquier fracaso en el cumplimiento de las obligaciones que conlleve la privación de la otra parte de lo que se considera debe esperar del contrato) y lo que se entiende por circunstancias excepcionales

⁴⁶ En el supuesto en el que las partes pacten un plazo de preaviso menor al previsto en la LCA, tal pacto será nulo en tanto que es contrario al artículo 25LCA que tiene carácter imperativo. Así lo señala el Tribunal Supremo en Sentencia 16 de mayo de 2007: *“En este caso, la aplicación de la nueva ley comportan la aplicación del plazo de preaviso establecido en el artículo 25LCA y la nulidad de los pactos que establezcan un plazo de preaviso inferior al que se reconoce en el expresado precepto puesto que solo se permite pactar “ mayores plazos d preaviso” y está disposición reviste carácter imperativo y comporta la nulidad de los pactos que se opongan a ella”*

⁴⁷ El Tribunal Supremo en Sentencia 16 de mayo de 2007 establece que: *“El incumplimiento del plazo de preaviso constituye el incumplimiento de una obligación contractual establecida ope legis [por ministerio de la ley] y, en consecuencia, determina el nacimiento de la obligación de indemnizar con arreglo a las normas generales sobre responsabilidad contractual, la cual comprende el cumplimiento por equivalencia y, en su caso, la indemnización de los perjuicios causados.”*

(circunstancias en las cuales no sería razonable requerir que la parte que termina el contrato anticipadamente este obligada a seguir con el mismo)⁴⁸.

Finalmente, el apartado sexto regula la indemnización correspondiente al supuesto en el que una de las partes decide resolver el contrato bien por incumplimiento bien por circunstancias extraordinaria sin que se den las condiciones para ello. La indemnización se corresponderá con los daños causados a la otra parte por la terminación anticipada injustificada. En este sentido se pronuncia Corte de Arbitraje de la CCI en el Caso NO. 8938.1996⁴⁹: *“Un contrato no termina antes de su expiración salvo que se haya producido un incumplimiento sustancial o concurra fuerza mayor”*. Además señala que se trata de una cláusula indisponible en tanto que *“cualquier cláusula o acuerdo que derogue la presente cláusula se tendrá por cómo no puesto”*.

5.3 Indemnización por clientela

Además de la indemnización correspondiente en caso de terminación anticipada sin causa justificada, el modelo incluye en la cláusula vigésimo primera la llamada indemnización por clientela que corresponde al Agente por la resolución del contrato y que es compatible con la anterior.

En primer lugar, la CCI en el Caso NO.743, 1994⁵⁰, señalaba sobre el origen de la presente indemnización: *“muchas jurisdicciones parten del hecho de que un agente de ventas, como es el demandante, necesita protección frente a las acciones arbitrarias del principal, especialmente cuando se resuelve el contrato. La teoría es que el agente debido a la exitoso cumplimiento de sus obligaciones construye un beneficio para el principal y el agente por tanto tiene derecho a recibir una compensación cuando se resuelve el contrato por el valor de ese beneficio”* Se trata por tanto de compensación

⁴⁸ Además, el modelo prevé que las partes acuerden que el incumplimiento de determinadas cláusulas sea considerado en principio, incumplimiento sustancial de las obligaciones señalando como ejemplos, incumplimiento de la cláusula de no competencia, mínimo de ventas garantizado, registro de marcas del principal, exclusividad, pago de la comisión al agente.

⁴⁹ Vid. Arnaldez, J, Derains, Y. Hascher.D *“Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000”* ICC PUBLISHING S.A, p. 339

⁵⁰ Vid. Ibidem, p.400

que recibe el Agente por el beneficio que deja al Principal tras la resolución del contrato.

Pues bien, la indemnización por clientela se configura como un derecho del Agente que prevé tanto la Directiva como la LCA. En concreto, la Directiva dispone que los Estados miembros podrán optar por un sistema de indemnización o por la reparación del perjuicio causado (artículos 17.2 y 3 Directiva). Tanto el legislador nacional como el presente modelo optan por el sistema de indemnización por el cual el agente percibirá la llamada indemnización por clientela cuando concurran los siguientes presupuestos⁵¹: que el agente haya aportado nuevos clientes al empresario o haya ampliado las operaciones con clientes ya existentes y, una vez concluido el contrato, la labor del agente reporte ventajas sustanciales al principal. Además se exige que el pago de la indemnización sea equitativo teniendo en consideración todas las circunstancias y en concreto, las comisiones que el agente dejará de percibir.

Como ha sido señalado, la referida indemnización es compatible con la prevista en la cláusula anterior. Esto es, en caso de que el Principal haya resuelto el contrato de forma anticipada sin causa justificada, el Agente tendrá derecho en todo caso a ser indemnizado por los daños y perjuicios que tal resolución le haya causado y, si las partes así lo establecen, también tendrá derecho a recibir la llamada indemnización por clientela.

En efecto, el modelo prevé la posibilidad de que las partes acuerden si el Agente tendrá derecho en el momento en el que se resuelva el contrato a recibir la referida indemnización. Este derecho (a diferencia de lo dispuesto en la Directiva) no se configura por tanto como una cláusula imperativa sino que las partes potestativamente podrán acordar que el Agente no reciba la referida indemnización. Se trata de una

⁵¹ Para ello es preciso como expone la Sentencia del Tribunal Supremo en de 12 de setiembre de 2007 que concurran con carácter cumulativo los siguientes presupuestos: 1º) *Que el contrato sea por tiempo determinado o indefinido*; 2º) *Que el agente haya aportado nuevos clientes o incrementado soberanamente las operaciones con la clientela preexistente*; 3º) *La cavidad anterior (aumento de clientela o incremento de operaciones) ha de seguir produciendo ventajas sustanciales al empresario*; 4º) *Que su concesión resulte equitativamente procedente seguir*; 5º) *Que la indemnización no exceda del importe medio anual de las remuneraciones*

cláusula que choca frontalmente con lo señalado en la Directiva y en la LCA en tanto que ambos textos establecen como cláusula imperativa (artículo 19 de la Directiva y 28 LCA) el derecho a la indemnización por clientela⁵². Tal circunstancia es advertida por el propio modelo por lo que en el supuesto de que las partes decidan establecer como ley aplicable la de un Estado Miembro, no deberían introducir la cláusula 21.1B que rechaza la indemnización del Agente, so pena de nulidad de la misma por ser contraria al ordenamiento jurídico correspondiente⁵³.

Por último, en cuanto a la cuantificación de la indemnización, el apartado primero de la cláusula vigésimo primera del modelo señala que *“el importe de la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente a una indemnización anual calculada a partir de la media anual de las remuneraciones percibidas por el agente comercial durante los últimos cinco años, y si el contrato remontare a menos de cinco años, se calculará la indemnización a partir de la media del período”*. En este punto, el modelo ha optado por hacer una transcripción literal del artículo 17.2.b) de la Directiva (artículo 28 LCA) y también del artículo 17.5 que se traspone en el apartado tercero de la cláusula vigésimo primera estableciendo que el Agente perderá el derecho a la indemnización transcurrido un año desde la terminación del contrato sin haber reclamado tal indemnización.

Veamos un ejemplo del cálculo indemnización por clientela

Supongamos que los importes facturados por el Agente en concepto de comisiones entre los años 2008-2013 ascienden a 400.000,00 euros.

⁵² En este sentido la Directiva establece en el artículo 17: *El agente comercial tendrá derecho a una indemnización en el supuesto y en la medida en que:*

— *hubiere aportado nuevos clientes al empresario o hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones clientes existentes, siempre y cuando dicha actividad pueda reportar todavía ventajas sustanciales al empresario; y — el pago de dicha indemnización fuere equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes. Los Estados miembros podrán prever que dichas circunstancias incluyan también la aplicación o la no aplicación de una cláusula de no competencia con arreglo al artículo 20.*

⁵³ Debe llamarse la atención de que la propia Corte de Arbitraje Internacional de la CCI en el Caso NO. 7453,1994 señala que *“ el derecho a tal compensación no debería ser excluido del contrato de agencia”*

TOTAL		CLIENTELA	
Media Anual- 80.000 euros		Mínimo- 0	Máximo (70%)- 56.000

Precisamente, la delimitación del derecho a la indemnización por clientela ha sido objeto de numerosas controversias en cuanto a la transposición que los Estados Miembros han hecho de este derecho. En este sentido, la Sentencia de 26 de marzo de 2009 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea), afirma: *“De este modo, en lo que respecta a la indemnización por terminación del contrato, los Estados miembros sólo pueden hacer uso de su margen de apreciación para elegir los métodos de cálculo de dicha indemnización dentro del marco fijado concretamente por los artículos 17 y 18 de la Directiva.”* Siguiendo esta línea, el TJUE ha declarado que la indemnización por terminación del contrato que resulte de la aplicación del artículo 17.2 de la Directiva no puede sustituirse con arreglo a un convenio colectivo, por una indemnización determinada en función de criterios distintos de los fijados por el referido artículo, salvo si se acredita que se asegura una indemnización igual o superior de la que resultaría de la aplicación de dicha disposición.⁵⁴.

5.5 Resolución de conflictos

Ya ha sido adelantado anteriormente las distintas opciones que prevé el modelo en relación con la resolución de conflictos. En concreto, se prevé la posibilidad de que las partes sometan los futuros litigios al arbitraje internacional o tribunales nacionales de un Estado, y que la ley aplicable por estos órganos sea una ley nacional o los principios generalmente aceptados en el marco internacional, usos y costumbres y los principios UNIDROIT.

Resulta evidente que el modelo ha sido elaborado con la intención de que sea el arbitraje internacional el encargado de resolver cualquier conflicto que puede derivar de

⁵⁴ TJCE (Sala Primera) Caso Honyvem Informazioni Commerciali Srl contra Mariella De Zotti. Sentencia de 23 de marzo de 2006

su aplicación y no los tribunales nacionales. El propio Grupo de Trabajo, reconoce tal circunstancia e incluso señala que la solución más apropiada es precisamente la de someter los posibles litigios al arbitraje comercial internacional. Todo ello, tiene como consecuencia lógica que se haya establecido como cláusula supletoria cuando las partes no señalen otra cosa, que los conflictos sean resueltos bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI (apartado primero de la cláusula vigésimo quinta). Se entiende en este sentido que, la mejor solución es el arbitraje comercial internacional en tanto que ofrece una visión neutral⁵⁵.

Sin embargo, la referida recomendación tiene ciertas excepciones que el propio modelo advierte. Se trata de las materias que quedan excluidas del arbitraje. En concreto, se está pensando en el supuesto ya comentado de que el agente comercial sea asimilado a un empleado lo que implica que se trate de una materia indisponible para las partes de la que en todo caso conocerá la jurisdicción competente independientemente de que las partes se hayan sometido al arbitraje⁵⁶.

Pese a que como ha sido señalado, el modelo advierte de la conveniencia del arbitraje, también prevé la posibilidad de que las partes sometan los futuros litigios a los tribunales nacionales de un Estado (cláusula 23.2.B). En este supuesto, las partes deberán asegurarse de que la elección del foro es efectiva. En concreto, dentro del ámbito de la Unión Europea, el Reglamento Bruselas I Bis prevé la posibilidad de que las partes expresamente pacten que la competencia judicial internacional corresponda a los tribunales de un determinado Estado miembro, no extendiendo la obligación de litigar ante los tribunales del domicilio del Agente⁵⁷. Cabe señalar en este punto la controversia suscitada por el contenido de la Disposición Adicional segunda de la LCA que señala *“La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de*

⁵⁵Cf. H. Ercüment Erdem, “ *ICC Modal Contract*”, Herdem & Herdem Law Firm, p.10

⁵⁶El modelo hace referencia a países como Italia, Bélgica o Francia donde la figura de los agentes comerciales se asimila a la de los trabajadores y por tanto la jurisdicción competente es la social. En nuestro ordenamiento jurídico no existe tal asimilación y por tanto la jurisdicción social no es competente para conocer de estos litigios (salvo que el agente realmente sea un trabajador)

⁵⁷En este sentido, entre las competencias exclusivas reguladas en el artículo 24 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento (Bruselas I Bis) no se encuentra la materia correspondiente al contrato de agencia.

agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario.”. El Tribunal Supremo en Sentencia 15 de noviembre de 2010, aclara que la referida Disposición no puede leerse más que como una regla de competencia territorial.

En definitiva, las partes pueden optar entre someter los litigios al arbitraje internacional o a los tribunales nacionales de un Estado determinado. En todo caso, en defecto de pacto, en aplicación del apartado primero de la cláusula vigésimo quinta, los litigios serán resueltos por uno o varios árbitros designados bajo las Normas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

El modelo prevé dos posibilidades en relación la elección de la ley aplicable. La partes podrán elegir entre someterse a los principios de derecho generalmente reconocidos en el comercio internación aplicables al contrato de agencia, los usos del comercio y los principios UNIDROIT (aplicables por este orden) (cláusula 24.1A) ⁵⁸o, por el contrario someterse a la ley de un determinado Estado (cláusula 24.1.B). Como ocurre con la resolución de conflictos, el Grupo de Trabajo señala que el modelo ha sido elaborado bajo la asunción de que este no será gobernado por una ley nacional sino por la opción prevista en la cláusula 24.1 A). Por ello, de nuevo el modelo (apartado primero de la cláusula vigésimo quinta) señala como cláusula supletoria en caso de que las partes no hagan elección alguna, la prevista en la cláusula 24.1A). Señala en este sentido el profesor Erdem⁵⁹ que el objetivo de esta cláusula es asegurar que las provisiones del modelo sean aplicadas de forma uniforme sin que ninguna parte tenga ventaja sobre la otra por aplicación de una determinada ley nacional.

Además, se advierte en el propio modelo que en caso de que las partes opten por la cláusula 24.1.A es más que recomendable que se sometan al arbitraje en tanto que se entiende que difícilmente los tribunales nacionales van a aplicar los principios generales en vez de la ley nacional. Consecuentemente, podemos señalar como ya se ha advertido,

⁵⁸Se advierte en el propio modelo que en caso de que las partes elijan la cláusula 24.1.A es más que recomendable que se sometan al arbitraje en tanto que se entiende que difícilmente las cortes nacionales van a aplicar los principios generales en vez de la ley nacional.

⁵⁹ Cf. H. Ercüment Erdem, “ *ICC Modal Contract...*, *loc.cit.*, p.11

que para el Grupo de Trabajo que ha elaborado este modelo, la opción “lógica” sería aquella en que las partes sometan los futuros litigios al arbitraje internacional siendo la ley aplicable los principios de derecho generalmente reconocidos en el comercio internación aplicables al contrato de agencia, los usos del comercio y los principios UNIDROIT. Sin embargo, es perfectamente legítimo que las partes se sometan a arbitraje y pacten como ley aplicable la de un determinado Estado.

En todo caso, para el supuesto en el que las partes pacten como ley aplicable la de un Estado, deberán asegurarse de que tal elección produce efectos. En este sentido, cabe de nuevo traer a colación el Reglamento Roma I que como ha sido señalado no incluye los contratos de agencia comercial dentro del régimen especial de determinación de la ley aplicable. Esta circunstancia ha sido criticada por parte de la Doctrina al entender que si bien ambas partes son profesionales, existe una evidente situación de desequilibrio entre ellas⁶⁰.

El Reglamento prevé en el artículo 3 que las partes elijan la ley aplicable que consideren oportuna con ciertas salvedades para evitar que de forma fraudulenta se evite la aplicación de una ley (normalmente favorable para el Agente). En este sentido, el artículo 3.3 del Reglamento prevé que *“Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”*. Del mismo modo, cuando tales elementos estén localizados en uno o varios Estados

⁶⁰ Vid. H. Aguilar Grieder, *“La intervención de las «leyes de policía» como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial: un nuevo paso en la comprensión del sistema.”* Diario La Ley, No 8234, Sección Doctrina, 22 de Enero de 2014, Año XXXV, Ref. D-26, Editorial LA LEY, p.12.

miembros, la elección de una ley que no sea de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones comunitarias (artículo 3.4)⁶¹.

A nivel comunitario, el TJUE se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta cuestión, entre otras en la célebre Sentencia de 9 de noviembre de 2000 Caso Ingmar GB Ltd. contra Eaton Leonard. El litigio versaba sobre la aplicabilidad de la Directiva (en concreto de los artículos 17 y 18 relativos a la indemnización del agente) cuando las partes se someten a una ley extranjera (en este supuesto, la ley californiana) y el agente desarrolla su actividad en la Unión Europea. El TJUE señala que los referidos preceptos deben ser aplicados a pesar de la elección de las partes cuando el agente comercial haya ejercido su actividad en un Estado miembro, aun cuando el empresario se halle establecido en un país tercero y en contrato se rija por la ley de este país en virtud de una de sus cláusulas. Se trata por tanto de evitar que la parte fuerte del contrato (el principal) trate de eludir normas de carácter protector para el agente mediante el juego de la cláusula de la ley aplicable. Si bien la referida sentencia únicamente se pronuncia sobre la aplicabilidad de los artículos 17 y 18 (que son la base del contrato de agencia), la doctrina señala que el criterio de delimitación especial aplicado para estos preceptos es extensible a las demás normas imperativas de la Directiva y ello en base al fundamento jurídico en el que el propio Tribunal basa su decisión, esto es, la finalidad protectora de los referidos preceptos⁶².

Más allá de las referidas restricciones, el artículo 9 del Reglamento regula las llamadas leyes de policía definidas como una *“disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización*

⁶¹ Se trata de nuevo de favorecer a la parte que ocupa la posición más débil en la relación contractual, esto es el agente. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en Sentencia de 9 de noviembre de 2000: *“Por consiguiente, es forzoso reconocer que resulta esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable. En efecto, la función que desempeñan las disposiciones de que se trata exige que estas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato.”*

⁶² H. Aguilar Grieder, *“La intervención de las «leyes de policía» como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial: un nuevo paso en la comprensión del sistema”*,...loc.cit p. 4.

política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”⁶³.

El TJUE se ha pronunciado sobre esta cuestión en la Sentencia de 17 de octubre de 2013 en el Caso United Antwerp Martitme Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare. A diferencia del contrato objeto de controversia en el asunto que dio lugar a la sentencia Ingmar, antes citada- en el que la ley que dejó de aplicarse era la ley de un país tercero-, en el marco de este litigio la ley que se dejaría de lado para aplicar en su lugar la ley del foro sería la de otro Estado miembro que llevó a cabo correctamente la transposición de la Directiva 86/653 y que decidió ampliar los derechos del agente más allá de la Directiva. El Tribunal concluye en este supuesto que la aplicación de las leyes de policía en este caso, la ley del foro, dependerá de la naturaleza y del objeto de tales disposiciones imperativas, esto es, si para el legislador del foro resultaba crucial conceder a la agente una protección adicional.

Cabe concluir como ha sido puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo y a raíz de lo señalado en esta sentencia, que la Directiva garantiza los derechos mínimos del agente, que podrán ser objeto de ampliación pero en ningún caso podrán ser limitados por las legislaciones de los Estados miembros.

Finalmente, se ha considerado oportuno analizar los dos supuestos más habituales y lógicos en relación con la resolución de los conflictos. Esto es, que las partes se sometan al arbitraje internacional y elijan como ley aplicable los principios generales del derecho o, una ley nacional.

Por un lado, tal y como se ha señalado, es posible (incluso habitual) que uno o varios árbitros que sean designados conforme a las Reglas de Arbitraje de la CCI deban aplicar (porque las partes así lo han establecido) una ley nacional. Son muchos los interrogantes

⁶³ El origen jurisprudencial de las referidas leyes de policía se encuentra en la Sentencia TJCE de 23 de noviembre de 1999 (Caso Arblade) donde el Tribunal señaló que las leyes de policía deben ser interpretadas «en el sentido de que se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él»

que surgen en torno a esta cuestión, siendo quizás los más relevantes los que se señalan a continuación:

¿Cómo deben actuar los árbitros cuando haya una posible contradicción entre la ley aplicable y las cláusulas acordadas por las partes en el contrato?

En relación con el contrato de agencia, varias de las cláusulas anteriormente analizadas podrían chocar con la Directiva de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de derechos de los Estados miembros, en lo referente a los agentes comerciales independientes y por tanto, con las legislaciones de los Estados miembros. Entre las cláusulas más conflictivas pueden ser señaladas, la nota de ajeneidad que puede llegar a desaparecer cuando las funciones del agente se asemejan a las de un empleado, el hipotético establecimiento de cláusulas de no competencia post contractual, y fundamentalmente, la exclusión del derecho a la indemnización por clientela.

Pues bien, la libertad de los árbitros a la hora de aplicar el Derecho sustantivo se ha configurado como una de las cuestiones más conflictivas de los últimos años. Así pues, fue uno de los temas tratados en la pasada Convención de la CCI celebrada en el año 2014, en la que el Profesor Mayer⁶⁴ concluyó que la mayor parte de los ponentes coincidieron en señalar que los árbitros tienen libertad para aplicar la ley elegida por las partes siempre y cuando se cubran las expectativas de las partes contractuales, y por tanto una hipotética contradicción entre lo establecido en el contrato y la ley aplicable podría ser salvada con una aplicación parcial de la ley nacional. Por el contrario, otra parte de los asistentes defendieron que la ley que las partes han acordado como aplicable deberá ser aplicada en toda su extensión, y que esta se deberá aplicar aunque las partes no sean conscientes de su contenido.

De forma semejante al Profesor Mayer se pronuncia el profesor Sánchez Lorenzo⁶⁵, quien entiende que cuando las partes eligen una ley aplicable, “*se aconseja prescindir de la función restrictiva de la ley aplicable*”, en tanto que es lógico pensar que las

⁶⁴Cf. *The application of substantive Law by the International Arbitrators*, ICC Publications, p. 146

⁶⁵Cf. S. Sánchez Lorenzo, “*Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional*”, R.E.D.I., vol. LXI (2009), 1, p.44

expectativas de las partes no se verían satisfechas en caso de aplicar una ley que anulará sus pactos y ello en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Concluye el profesor Sánchez Lorenzo que la elección de una ley nacional no puede derogar los pactos que las partes hayan acordado.

En definitiva, resulta evidente la ventaja que supone someter la resolución de conflictos al arbitraje internacional, en tanto que una eventual contradicción de las cláusulas con la ley aplicable al contrato puede ser salvada con una aplicación parcial de la misma, mientras que tratándose de tribunales ordinarios, dicha contradicción podría suponer la nulidad de la cláusula concreta y si esta es de la entidad suficiente, incluso la nulidad del contrato.

¿Están los árbitros sometidos a los precedentes judiciales establecidos por las cortes del Estado cuya Ley se aplica?

Sobre esta cuestión se ha pronunciado entre otros el profesor Klaus Peter Berger⁶⁶, quien defiende que los árbitros deberán libremente decidir si es recomendable para el caso concreto que sea aplicable la jurisprudencia vigente. En este mismo sentido se pronuncia la Corte de Arbitraje de la CCI en caso No. 10279⁶⁷. El Tribunal decidió por mayoría no aplicar una determinada jurisprudencia establecida por los Tribunales alemanes al entender que no era lo más apropiado en ese supuesto concreto. Sin embargo, cabe cuestionarse en este punto si las expectativas de las partes se verán satisfechas cuando el Tribunal rechaza aplicar la jurisprudencia vigente al caso concreto. El profesor Berger⁶⁸ entiende que las partes al someterse al arbitraje deciden apartarse de la aplicación “mecánica” de la ley, y que por tanto, los tribunales de arbitraje, cuando haya razones para ello podrán apartarse de la jurisprudencia sin violar las legítimas expectativas de las partes.

⁶⁶ Vid. “ *The application of substantive Law by the International Arbitrators*”...op, p. 80

⁶⁷ Vid. M. Tobar Gil, “ *Aplicación de la lex mercatoria por los árbitros*” LIMA ARBITRATION, 2007,p. 108

⁶⁸ Vid. “ *The application of substantive Law by the International Arbitrators*”...op, p. 80

Finalmente, tal y como ha sido señalado, los árbitros podrán quedar sometidos si así lo disponen las partes a las provisiones del propio contrato, a los principios del derecho generalmente reconocidos en el marco internacional (*lex mercatoria*) y a los principios UNIDROIT.

Una de las mayores dificultades que resultan de la aplicación de la *lex mercatoria* radica en que la ejecución de los laudos arbitrales corresponde a los tribunales nacionales. Señala la profesora Tobar⁶⁹ que los referidos tribunales no podrán conocer del fondo del asunto en tanto en cuanto el Estado al que pertenezcan haya suscrito el Convenio de Nueva York de 1958 sobre sentencias arbitrales extranjeras. Defiende su postura en que si bien el artículo V de la Convención establece determinados supuestos en los que los Estados pueden denegar la ejecución de un laudo arbitral, entre ellos, no se encuentra la aplicación de la *lex mercatoria* para la resolución del conflicto. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la jurisprudencia, en concreto, el Tribunal de Apelaciones de París⁷⁰ en un supuesto en el que la parte desfavorecida por el laudo arbitral solicitaba la nulidad del mismo por haber sido aplicada la *lex mercatoria*. El Tribunal señaló que tal aplicación era perfectamente legítima en tanto que el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, no obligaba a seleccionar y aplicar una norma de conflicto de un determinado ordenamiento jurídico, sino que por el contrario, el árbitro podía referirse a los principios que rigen la materia en el conflicto de leyes.

Sin embargo, y pese a lo anteriormente señalado, es posible tal y como señala el profesor Sánchez Lorenzo⁷¹ que el laudo arbitral sea anulado o no reconocido en determinados supuestos entre los que destaca que el árbitro no haya aplicado la ley a la que las partes se han sometido. Por tanto, defiende este autor que en caso de que las partes hayan pactado someterse a una ley nacional y el árbitro o árbitros apliquen la *lex mercatoria*, es posible que el laudo sea anulado o no reconocido.

⁶⁹ Vid. M. Tobar Gil, “*Aplicación de la lex mercatoria por los árbitros*”...*loc.cit.*,p.108

⁷⁰ Vid. *Ibidem*.

⁷¹ Vid. S. Sánchez Lorenzo, “*Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional*”...*loc.cit.*, p.70

6. Conclusiones

Durante las últimas décadas la Cámara de Comercio Internacional ha publicado numerosos modelos de contratos internacionales con el objetivo de reemplazar la elección entre diferentes legislaciones nacionales, que a menudo no se adaptan a las necesidades del comercio internacional, por un conjunto de disposiciones contractuales equilibradas basadas en los usos del comercio y destinadas a proteger los intereses de la parte débil de la relación contractual. Entre los contratos propuestos por la referida institución se encuentra el Contrato de Agencia Comercial Internacional por el cual el agente promueve la venta de productos por orden y cuenta del principal y, obtiene como contraprestación una comisión por ventas.

Se trata de un contrato de colaboración comercial que tiene como parte débil al agente comercial. Esta circunstancia constituye junto con la falta de seguridad jurídica provocada por un marco jurídico carente de uniformidad, la ventaja fundamental del uso del referido modelo propuesto por la CCI. Sin embargo, en tanto que el modelo no está basado en ninguna legislación nacional y, aunque se inspira en los principios generalmente aceptados por estas, es posible que ciertas cláusulas contractuales sean contrarias a los ordenamientos internos. En concreto, ha sido analizada la posibilidad real de que varias cláusulas contractuales sean contrarias a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, pues podrían llegar a contradecir la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Esta posible contradicción quedaría salvada mediante una hipotética sumisión de las partes al arbitraje internacional, incluso si la ley aplicable es contraria a alguna de las mencionadas cláusulas, pues prevalece la voluntad de las partes. Sin embargo, en caso de que las partes contractuales opten por someter la resolución de sus conflictos a tribunales nacionales, las ventajas del modelo desaparecerían ante una hipotética contracción del modelo con la legislación nacional elegida. En definitiva, si bien la doctrina coincide en la idoneidad del modelo, se advierte de que en caso de que las partes opten por someter sus controversias a

tribunales nacionales, deberán asegurarse de que las cláusulas contractuales no contradicen el ordenamiento jurídico al que sometan sus litigios.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos doctrinales:

- M. Asunción Cabrían Salvat, “*Agencia comercial, leyes de policía y derecho internacional privado europea*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, pp. 357-366.
- J.Zúñiga Ordoñez, “*Contratos de Concesión Mercantil de Agencia y Franquicia Internacional que se ejecutan en Colombia. Jurídicas*” CUC, 11(1), 2015, pp.283-307.
- Cámara de Comercio de España, “*Modelos de contratos internacionales; Contrato de Agencia Internacional*”.www.plancameral.org.
- A. Redondo, “*Problemas de aplicación de los controles de inclusión de condiciones generales a determinadas formas de contratación entre profesionales (Reglas y usos uniformes de la CCI, Contratos ISDA, CMOF, y Similares)*”, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario-2011
- A. Ortega Giménez, “*Aplicación del derecho extranjero por los tribunales españoles para conocer de un supuesto de resolución unilateral de un contrato de agencia comercial internacional.*”, *Rev. boliv. de derecho* no 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 514-523.
- M. Quintáns Eiras, “*La cláusula de garantía en los contratos de colaboración (a propósito de la sentencia de la A.P de Granada de 19 de marzo de 1997 (A.C 558/97)*”
- H. Ercüment Erdem, “*ICC Modal Contract*”, Herdem & Herdem Law Firm.
- S. Sánchez Lorenzo, “*Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional*”, R.E.D.I., vol. LXI ,2009.
- H. Aguilar Grieder, “*La intervención de las «leyes de policía» como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial: un nuevo paso en la comprensión del sistema*”, *Diario La Ley*, No 8234, Sección Doctrina, 22 de Enero de 2014*

Libros:

- International Chamber of Commerce, *ICC Model Commercial Agency Contract*, París, ICC, 2007.
- M. Medina de Lemus, *Práctica de Contratación Internacional*, Madrid, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 2002

- A. Ortega Giménez, *Guía práctica de contratación internacional*, Madrid, ESIC Editorial, 2009.
- E. Shäfer, H. Verbist, C. Imhoos, *“CC Arbitration in Practice*, The Hague, Holanda, Kluwer Law, 2005.
- F. Bortolotti, P. Mayer, *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, París, ICC, 2014.
- J, Arnaldez, Y, Derains, D. Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, ICC Publishing, Nueva York, 2003.
- J.Fry, S.Greenberg, F.Mazza, *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration*, París, CCI, 2012.
- M. Quintáns, Eiras, *Modelos de contratos internacionales*, Barcelona, Grupo Difusión, 2007.
- E. Guardiola, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Barcelona, Bosch, 2004.

Resoluciones judiciales:

- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) Caso Ingmar GB Ltd. contra Eaton Leonard Technologies Inc. Sentencia de 9 de noviembre de 2000. Case C-381/98, Info Curia - Case-law of the Court of Justice.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) Caso Poseidon Chartering BV contra Albert Mooij y otros. Sentencia 16 de marzo de 2006. Case C-3/04, Info Curia - Case-law of the Court of Justice.

- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) Caso Honyvem Informazioni Commerciali Srl contra Mariella De Zotti. Sentencia de 23 de marzo de 2006- C-465/04, InfoCuria - Case-law of the Court of Justice.

- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) Caso Turgay Semen contra Deutsch Tamil GmbH. Sentencia de 26 de marzo de 2009. C-348/07, EUR-Lex Access to European Union Law.

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE (Sala Tercera) Caso United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare. Sentencia de 17 de octubre de 2013. C-184/12, EUR-Lex Access to European Union Law.

- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Única, Sentencia núm.951/2003 de 9 de octubre. RJ/2003/7231 ARANZADI INSIGNIS.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) Sentencia núm. 951/2003 de 9 de octubre, RJ /2003/7231, ARANZADI INSIGNIS.

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1077/2004 de 4 Nov. 2004, Rec.3055/1998 LA LEY 230039/2004.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm.506/2007 de 16 de mayo, RJ/2007/4616, ARANZADI INSIGNIS.

- Tribunal Supremo, Sala Primera, Sentencia núm.1147/2008 de 10 de diciembre de 2008. Vlex.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 830/2009 de 4 de enero, RJ/2010/152, ARANZADI INSIGNIS.

- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia 2161/2010 de 8 de abril de 2010. Id Cendoj: 28079110012010100257.

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 633/2013 de 29 de Oct. 2013, Rec.1619/2011, LA LEY 163208/2013.

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 737/2013 de 28 Nov. 2013, Rec.2231/2011, LA LEY 192206/2013.

- Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia núm. 260/2013 de 23 de septiembre, Roj: SAP M 13460/2013.

- Audiencia Provincial Salamanca, Sentencia núm. 44/2012 de 3 de febrero, Lexnova.