

Contratos internacionales regulados por Directivas UE sectoriales (Derecho Internacional privado)

International Agreements Regulated by European Directives (Private International Law)

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Huelva*

Orcid ID: 0000-0002-3138-8904

Recibido: 15.06.2021 / Aceptado: 11.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7172

Resumen: El presente estudio analiza los problemas de Derecho aplicable que se plantean en los contratos internacionales objeto de regulación por Directivas europeas sectoriales; siendo éste un tema clave del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia contractual.

Palabras clave: Derecho internacional privado europeo, contratación internacional, Directivas europeas sectoriales, problemas de Derecho aplicable, Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Abstract: This study analyses the law applicable treatment to the international agreements regulated by European Directives. It is necessary to find a solution to that problem in the frame of the European Private International Law.

Keywords: European Private International Law, international agreements, European Directives, conflict of law solutions, “Rome I” Regulation on the law applicable to contractual obligations.

Sumario: I. Contexto: problemas de delimitación entre instrumentos europeos aplicables a los contratos internacionales. II. Premisa de partida: el principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la necesidad de coherencia valorativa entre el Derecho internacional privado europeo y el Derecho europeo material. III. Cauces para alcanzar el principio de conciliación entre los instrumentos del Derecho internacional privado de la Unión Europea con las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación IV. El principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea en el ámbito de los contratos internacionales de agencia comercial. 1. Contexto y marco normativo. 2. La necesidad de alcanzar una coherencia valorativa entre el Reglamento “Roma I” y la Directiva 86/653/CE.

I. Contexto: problemas de delimitación entre instrumentos europeos aplicables a los contratos internacionales

1. En el seno de la Unión Europea, se vislumbra una amplia diversidad normativa en materia contractual y, más en concreto, en determinados sectores de la contratación internacional¹. En el pre-

¹ Este estudio se enmarca en las tareas de investigación previstas en el Proyecto de Investigación “Nuevos retos en el Derecho del Seguro: Hacia un mercado asegurador más transparente y competitivo” (núm. de referencia DER2017-8793-P), de

sente estudio nos vamos a referir a los contratos internacionales en los cuales se produce la referida concurrencia normativa, así como a los mecanismos o cauces a los que se puede recurrir en aras de hacer frente a los problemas de coordinación o delimitación entre los instrumentos europeos que regulan tales categorías contractuales.

2. Por un lado, nos encontramos con las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación, a las cuales se las denomina habitualmente como Directivas europeas sectoriales. Dichas Directivas de la Unión Europea, que cada vez son más numerosas, contienen, fundamentalmente, una regulación material para determinados tipos contractuales muy habituales tanto en la práctica interna como internacional. En concreto, las categorías contractuales, de carácter tanto interno como internacional, objeto de regulación por las señas Directivas de la Unión Europea sectoriales, son las siguientes.

En primer lugar, cabe señalar que el sector de la contratación objeto de regulación por un mayor número de Directivas sectoriales de la Unión Europea es el del consumo. Tales Directivas conforman lo que se ha denominado como “Derecho privado comunitario de consumo”². Las Directivas europeas sectoriales que regulan los contratos de consumo suelen tener la consideración de Directivas “de mínimos”, ya que las mismas, tal como se desprende de sus Considerandos y articulado, consagran una base mínima de normas comunes de protección del consumidor en el marco del espacio europeo. De este modo, las referidas Directivas otorgan al consumidor unos derechos mínimos básicos, al permitir que los Estados miembros de la Unión Europea, dentro del respeto de los Tratados y en el ámbito de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, puedan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección mediante disposiciones más estrictas que las contempladas en las correspondientes Directivas³.

En segundo término, es preciso poner de relieve que los contratos de trabajo también son objeto de regulación por numerosas Directivas de la Unión Europea sectoriales⁴. Entre tales Directivas europeas, destaca claramente la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁵, la cual otorga determinados “derechos laborales mínimos” a los trabajadores que hayan sido desplazados

la convocatoria 2017, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, dentro del Programa estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia en el marco del Plan Estatal de I + D + I; gestionado por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona.

² Vid. E. SANJUÁN Y MUÑOZ (Director), *La protección de los intereses económicos de los consumidores en las Directivas europeas*, 2022, Ley 57 Formación, 1ª ed., el cual lleva a cabo un análisis de la protección conferida a los consumidores por la UE, a través de Directivas, que abarcan una multitud de ámbitos de la vida de las personas (compras, viajes, uso de productos y servicios bancarios, etc.), a la par que estudia el modo en que se han transpuesto las Directivas de consumo al ordenamiento jurídico español.

³ Entre las numerosas Directivas europeas de consumo se encuentran las siguientes: la Directiva 93/13/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DOCE*, de 21 de abril de 1993, núm. L 95/29); la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (*DOCE*, de 4 de junio de 1997, núm. L 144/19); la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo (*DOCE*, de 7 de julio de 1999, núm. L 171/12); así como la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (*DOUE*, de 18 de diciembre de 2019, núm. 328/7).

⁴ Vid., entre otras muchas, la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (*DOCE*, de 29 de junio de 1989, núm. L 183/1); la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (*DOCE*, de 18 de octubre de 1991, núm. L 288/32); la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (*DOCE*, de 13 de diciembre de 1993, núm. L 307/18); la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (*DOUE*, de 18 de noviembre de 2003, núm. L 299/9); la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (*DOUE*, de 30 de abril de 2014, núm. L 128/8); así como la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (*DOUE*, de 11 de julio de 2019, núm. L 186/105).

⁵ *DOCE*, de 21 de enero de 1997, núm. L 18/1.

temporalmente. La mentada Directiva 96/71/CE ha sido posteriormente modificada por las instituciones europeas, en concreto, por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁶. Tal como ha puesto de relieve el Considerando 34 del Reglamento “Roma I”, la norma de conflicto, reguladora del contrato individual de trabajo, no debe de ir en detrimento de la aplicación de las disposiciones imperativas, del país de desplazamiento del trabajador, contenidas en la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

En tercer lugar, otro sector de la contratación de enorme relevancia tanto en la práctica interna como internacional, objeto de regulación por una Directiva europea sectorial, es el contrato internacional de agencia comercial. Y, más específicamente, la susodicha categoría contractual es regulada, en el marco del espacio europeo, por la veterana y controvertida Directiva 86/653/CE 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 independientes⁷. Dicha Directiva de la Unión Europea, que fue objeto de un largo y tortuoso proceso de elaboración, tiene igualmente la consideración de Directiva “de mínimos”. La aludida Directiva de agencia de la Unión Europea, que es una de las Directivas más veteranas en el sector contractual, presenta una interesante peculiaridad, consistente en guardar absoluto silencio sobre su ámbito de aplicación espacial, lo cual ha planteado en la práctica una interesante y compleja problemática, en sede de Derecho aplicable, que como pondremos de manifiesto en el apartado correspondiente del presente trabajo⁸, ha sido, al menos parcialmente, resuelta por vía jurisprudencial y, más en concreto, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia, no olvidemos, tiene carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

Y, en cuarto término, otro sector de la contratación de enorme repercusión, tanto en la práctica interna como internacional, que aqueja de una notable heterogeneidad y complejidad, es el asegurador⁹. Fruto de la amplia heterogeneidad del susodicho mercado, el sector asegurador ha sido objeto de regulación por diversas Directivas europeas sectoriales; las cuales abarcan los diferentes tipos contractuales que intervienen en el mercado asegurador. Y, más en concreto, las categorías contractuales que coexisten en el mercado asegurador quedan amparadas, en el marco del espacio europeo, por las Directivas sobre seguros (los contratos de seguro) y, muy especialmente, por la reciente y trascendente Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (versión refundida)¹⁰, la cual ha sustituido a una Directiva anterior. La Directiva de 2016 sobre la distribución de seguros, que goza de un ámbito de aplicación mucho más extenso que su antecesora (directa e indirecta) y que aumenta notablemente la protección del asegurado o tomador del seguro, está teniendo en la práctica una enorme repercusión en relación con todos los contratos (tanto internos como internacionales) intervinientes en el mercado asegurador. Las disposiciones materiales de carácter imperativo de la reciente Directiva sobre la distribución de seguros, tal como hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico del foro, han de respetarse por los contratos de seguro, por los contratos de reaseguro, así como por los contratos de intermediación de seguros privados. Esta última categoría contractual abarca, tanto a los contratos de agencia de seguros (que pueden ser tanto exclusivos como vinculados) como a los contratos de mediación o corretaje.

3. Como es sabido, el principio del efecto directo del Derecho europeo se proyecta sobre los Tratados constitutivos, así como sobre los Reglamentos europeos, pero no sobre las Directivas. De hecho, así como los Reglamentos son obligatorios y directamente aplicables, por los órganos jurisdiccionales

⁶ *DOUE*, de 9 de julio de 2018, núm. L 173/16.

⁷ *DOCE*, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382.

⁸ *Vid.* el apartado IV del presente trabajo de investigación.

⁹ En relación con la problemática planteada en el seno de la Unión Europea, en relación con este sector de la contratación (el asegurador), en sede de Derecho aplicable, *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador en el ámbito del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *CDT*, 2020, vol. 12, núm. 2, pp. 30-51, así como las múltiples referencias en dicho trabajo citadas.

¹⁰ *DOUE*, de 2 de febrero de 2016, núm. L 26/19.

de los Estados miembros, en todos sus elementos; las Directivas únicamente obligan, a los Estados miembros de la Unión Europea, en cuanto a sus fines; lo cual implica que las mismas precisen de posterior desarrollo, es decir, que hayan de ser necesariamente transpuestas, a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión, en un plazo determinado. De este modo, las aludidas Directivas sectoriales de la Unión Europea, que regulan los contratos internacionales a los cuales acabamos de hacer alusión (contratos internacionales de consumo, contratos individuales de trabajo de carácter internacional, contratos internacionales de agencia comercial y contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador), han sido objeto de transposición por los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión Europea.

4. Por otro lado, las Directivas elaboradas por las instituciones europeas, para determinados sectores de la contratación, coexisten con los textos generales del Derecho internacional privado europeo. Y, más en concreto, en sede de Derecho aplicable, con el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en lo sucesivo, Reglamento “Roma I”)¹¹. De este modo, como consecuencia de la susodicha coexistencia, se producen problemas de conciliación o coordinación entre las disposiciones materiales de carácter imperativo de las Directivas europeas sectoriales y las normas de conflicto consagradas por el Reglamento “Roma I” para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales, esto es, entre el Derecho material europeo y el Derecho internacional privado europeo.

En el ámbito del Derecho procesal civil internacional, la referida problemática es mucho menos acusada en relación con el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, denominado comúnmente como Reglamento “Bruselas I bis”¹², ya que, con carácter general, las Directivas europeas sectoriales no suelen consagrar ninguna norma específica de competencia judicial internacional. Por ello, tal problemática va a quedar al margen del presente estudio.

5. En sede de ley aplicable, la solución, a los problemas de delimitación entre instrumentos europeos aplicables a los contratos internacionales regulados por Directivas sectoriales de la Unión Europea, va a ser susceptible de variar, al menos parcialmente, según cuál sea el sector de la contratación de que se trate y, muy especialmente, en función de cuál sea el régimen de Derecho aplicable al que quedan sometidos los contratos internacionales regulados por tales Directivas.

Por lo tanto, como premisa de partida para abordar los referidos problemas de coordinación, es preciso tener presente que al régimen general de Derecho aplicable, consagrado por los arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I”, quedan sometidas las siguientes categorías contractuales: los contratos internacionales de agencia comercial; los contratos internacionales de intermediación de seguros privados (tanto los contratos de agencia de seguros como los contratos internacionales de mediación o corretaje); los contratos internacionales de reaseguro; así como determinados contratos internacionales de seguro y de contratos internacionales de consumo. Y, sin embargo, quedan sujetos al régimen especial de ley aplicable, contenido en los arts. 5-8 del Reglamento “Roma I”, determinados contratos internacionales de consumo (art. 6), todos los contratos individuales de trabajo de carácter internacional (art. 8); así como algunos contratos internacionales de seguro (art. 7).

6. Al margen de lo señalado, tal como se desprende de los Considerandos de las Directivas europeas sectoriales, detrás de las mismas subyacen una dualidad de intereses (públicos y privados)¹³. En concreto, tales Directivas cumplen un doble objetivo.

¹¹ *DOCE*, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6.

¹² *DOUE*, de 20 de diciembre de 2012, núm. L 351/1.

¹³ *Vid.*, por ejemplo, los Considerandos 17 y 23, así como el art. 1.1, de la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (*DOUE*, de 3 de febrero de 2009, núm. L 33/10). Tal como la misma pone de manifiesto, su

Por un lado, en las mismas se vislumbra un claro interés privado: la protección de la parte débil de la relación litigiosa (consumidor, trabajador, asegurado o tomador del seguro, agente comercial, etc.); es decir, garantizar una protección mínima uniforme a dicha parte en el área de la Unión Europea. En concreto, dichas Directivas garantizan un estándar mínimo europeo, es decir, el respeto de un grado o nivel mínimo de protección jurídica de la parte más débil de la relación contractual. En aras del principio de armonía material, la función protectora de la parte débil de la relación litigiosa, de las normas materiales imperativas (tanto de las expresa como de las implícitamente imperativas) de las Directivas de la Unión Europea, ha de proyectarse sobre las soluciones del Derecho internacional privado europeo. Tal como en su día puso de manifiesto F. POCAR, en un contexto más global que el analizado en el presente trabajo, ha de existir un necesario paralelismo de la función protectora, de la parte débil de la relación jurídica, en el Derecho material y en el Derecho internacional privado¹⁴.

Y, por otro lado, detrás de las Directivas europeas sectoriales también subyace un claro interés público: servir al correcto funcionamiento del mercado interior, esto es, adecuarse a las peculiares necesidades del susodicho mercado. En concreto, las Directivas sectoriales de la Unión Europea, además de proteger a la parte débil de la relación litigiosa, también persiguen homogeneizar las condiciones de competencia en el mercado interior en aras del juego de una competencia no falseada en el área de la Unión, esto es, tales Directivas tratan de eliminar obstáculos a la consecución de unas condiciones homogéneas de competencia en el seno del mercado interior, ya que la consecución del objetivo europeo de un mercado único constituye un presupuesto indispensable para su adecuado funcionamiento.

En suma, detrás de las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación, tal como se desprende de los Considerandos de las mismas, subyacen relevantes intereses tanto públicos (europeos) como privados (de protección de la parte de la relación contractual considerada más débil). Por lo tanto, las Directivas europeas sectoriales persiguen tanto objetivos político-económicos como una evidente finalidad tuitiva. A mi modo de ver, ninguno de dichos intereses predomina sobre el otro. Tal dualidad de intereses habrá de tenerse en cuenta, como otra premisa de partida, a la hora de solventar los problemas de coordinación o conciliación a los cuales hemos hecho alusión más arriba.

7. En otro orden de cosas, es preciso tener presente que las Directivas sectoriales de la Unión Europea utilizan distintos tipos de normas para delimitar su ámbito de aplicación espacial. A mi modo de ver, la técnica normativa utilizada por el legislador europeo, a la hora de delimitar el ámbito de aplicación territorial de las susodichas Directivas, varía en función del sector jurídico material afectado y del momento temporal en el cual haya sido elaborada la Directiva en cuestión.

Por un lado, algunas Directivas europeas delimitan su ámbito de aplicación espacial por medio de normas de conflicto propiamente dichas. Tal es el caso de la anteriormente mentada Directiva europea sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Por otro lado, otras Directivas europeas delimitan su ámbito de aplicación territorial por la vía de las denominadas normas “con incidencia en la ley aplicable”¹⁵; cuyo funcionamiento considero muy similar al de las normas de extensión (en este caso, de origen europeo). Las referidas normas están adquiriendo un creciente protagonismo, con el transcurso del tiempo, en el ámbito de la Unión Europea, especialmente en el sector del consumo.

Las normas “con incidencia en la ley aplicable” suelen condicionar, la aplicación de la Directiva que las contiene, a que exista una conexión o vinculación estrecha con el área de la Unión Europea. Tal es

objetivo es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior (finalidad pública); a la par que lograr un elevado nivel de protección de los consumidores, de tal manera que los mismos no se vean privados del nivel de protección consagrado por la Directiva (finalidad tuitiva).

¹⁴ F. POCAR, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *Rec. des Cours*, 1984, V, tomo 188, pp. 339-417, pp. 353-357.

¹⁵ La problemática relativa a la coordinación o conciliación entre el Reglamento “Roma I” (o su antecesor) y las normas “con incidencia en la ley aplicable”, contenidas en las Directivas europeas sectoriales para delimitar su ámbito de aplicación espacial, ha sido objeto de numerosos estudios doctrinales: *vid.*, por todos, J. BASEDOW, “Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea”, *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 141-159.

el caso, por ejemplo, del art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹⁶, según el cual, cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección, que ofrece la Directiva en cuestión, por el hecho de haber elegido las partes, como ley rectora del correspondiente contrato, a la ley de un Estado tercero. Dicha indeterminación en las normas “con incidencia en la ley aplicable”, que genera una notable inseguridad en el operador jurídico (ya que, de este modo, no queda claro en qué supuestos se hacen valer los derechos de los consumidores, consagrados por las Directivas europeas de consumo, con independencia de cuál sea la *lex contractus*), propicia que la parte fuerte de la relación contractual trate de impedir la aplicación de la regulación material imperativa, de la Directiva europea sectorial de que se trate, por medio de la elección, como *lex contractus*, de la ley de un Estado no miembro de la Unión.

A mi modo de ver, es de lamentar que sea muy excepcional que las Directivas europeas sectoriales, que contienen normas “con incidencia en la ley aplicable”, especifiquen cuándo existe una vinculación estrecha con el territorio de la Unión. Tal concreción se vislumbra en la anteriormente mentada Directiva 2008/122/CE, la cual se expresa en términos mucho más concretos y restrictivos que la generalidad de las Directivas europeas de consumo; sin llegar a ser tan restrictiva como su antecesora: la ya derogada Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido¹⁷, la cual condicionaba su aplicación a que el bien inmueble en cuestión se encontrase sito en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea (art. 9)¹⁸. La actualmente vigente Directiva de multipropiedad (contratos de *time-sharing*), que otorga al consumidor el derecho de desistir del contrato en un plazo de 14 días naturales (sin necesidad de justificación) y que prohíbe todo pago de anticipos por el consumidor durante el plazo de desistimiento, consagra, en su art. 12 (relativo al carácter imperativo de la misma y a su aplicación en casos internacionales), que el consumidor quedará amparado por la protección por la misma conferida cuando concorra cualquiera de los dos supuestos siguientes. En primer término, cuando la legislación aplicable al contrato sea la de un Estado miembro de la Unión Europea. Y, en segundo lugar, cuando ello no sea así, si el bien inmueble en cuestión está situado en el territorio de un Estado miembro o, “en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades”.

Al margen de lo señalado, también me parece digno de alabanza que la Directiva 2008/122/CE (al igual que la ya derogada Directiva 94/47/CE), a diferencia de lo que acontece con la generalidad de las Directivas europeas en el sector del consumo, no condicione la protección al consumidor (al adquirente de multipropiedad) a que las partes hayan ejercitado su autonomía conflictual por la vía de una cláusula de elección de ley. Por lo tanto, la protección conferida por la Directiva también se extiende cuando no haya elección de ley (o la elección de ley sea inválida) y el contrato de multipropiedad se rija por la ley objetivamente aplicable¹⁹; lo cual es de lamentar que no ocurra con las restantes Directivas europeas en el sector del consumo.

¹⁶ DOCE, de 21 de abril de 1993, núm. L 95/29.

¹⁷ DOCE, de 29 de octubre de 1994, núm. L 280/83.

¹⁸ La Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (BOE, de 7 de julio de 2012, núm. 162), que ha llevado a cabo la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/122/CE, ha tenido el acierto de establecer, en aras de coadyuvar al desarrollo del sector de la multipropiedad, un marco mucho más flexible que el impuesto por la actualmente derogada Ley 42/1998 (que fue fruto de la transposición, al ordenamiento jurídico español, de la ya derogada Directiva 94/47/CE). En relación con este interesante y polémico sector, *vid.*, muy especialmente, F. PÉREZ DE LA SOTA, “La nueva regulación del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (vulgo multipropiedad)”, *La Ley*, de 28 de mayo de 2012.

¹⁹ Como es sabido, de conformidad con el apartado 4c) del art. 6 del Reglamento “Roma I” (precepto relativo a los contratos de consumo), los contratos internacionales de multipropiedad inmobiliaria quedan sometidos, no al régimen general de Derecho aplicable, sino al régimen especial protector contenido en el art. 6 del Reglamento “Roma I”, el cual consagra como *lex contractus*, en defecto de elección de ley, a la ley del país en el cual el consumidor tenga su residencia habitual, la cual puede ser tanto la ley de un Estado miembro de la Unión Europea como la ley de un Estado tercero.

Y, por último, algunas Directivas europeas guardan absoluto silencio sobre su ámbito de aplicación espacial, lo cual genera una elevada inseguridad jurídica en la práctica. Esta actitud del legislador europeo no es muy frecuente, y suele producirse en las Directivas europeas sectoriales más veteranas. Tal es el caso de la anteriormente citada Directiva de agencia de 1986, cuyo silencio, como posteriormente expondremos, se ha tratado de mitigar por la vía del TJUE; cuya jurisprudencia, como conocemos, tiene carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea. Pese a reconocer la seguridad jurídica que aporta la susodicha jurisprudencia, es de lamentar que la referida laguna se haya tratado de colmar por vía jurisprudencial y no por la del legislador europeo, que a mi modo de ver, dada la relevancia del tema y la necesidad de seguridad jurídica, sería un cauce más adecuado para subsanar el silencio de las Directivas europeas sectoriales sobre su ámbito de aplicación territorial.

8. Muchas de las Directivas europeas sectoriales tienen la consideración de Directivas “de mínimos”. Tal es el caso, por ejemplo, de la Directiva europea de agencia. En palabras de la profesora M.J. LUNAS DÍAZ, las Directivas “de mínimos” imponen “la consecución de unos resultados concretos o, más bien, un nivel de protección determinado (estándar mínimo), pero permiten a los Estados la imposición, en el acto de transposición o cualquier otro, de requisitos más gravosos, es decir, de un nivel de protección más elevado”²⁰.

II. Premisa de partida: el principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la necesidad de coherencia valorativa entre el Derecho internacional privado europeo y el Derecho europeo material

9. Como clara premisa de partida, para hacer frente a los problemas de coordinación o conciliación entre instrumentos europeos aplicables a los contratos internacionales puestos de manifiesto en el anterior apartado, tenemos que tener muy presente que, en el seno de cada ordenamiento jurídico estatal, es necesario que exista una coherencia valorativa entre el Derecho internacional privado y el Derecho privado interno que formen parte integrante de un mismo ordenamiento.

El Derecho internacional privado no es un compartimento estanco, no es un Derecho hermético, no es un cuerpo extraño al resto del ordenamiento jurídico estatal del cual forma parte. Dicha disciplina es permeable, es un aliado del Derecho interno. El Derecho internacional privado es un Derecho vivo, dinámico, ya que es fruto de un determinado contexto (económico, político y social) y, por consiguiente, participa de las premisas sociales existentes en cada momento histórico. El Derecho internacional privado, al igual que las restantes disciplinas del ordenamiento jurídico, se inserta dentro de un determinado contexto valorativo y, por consiguiente, es un Derecho sensible a la realidad social que regula, a sus valores, a sus convicciones, a sus objetivos, a sus sentimientos, a sus tendencias y evolución. El Derecho internacional privado, como cualquier otra rama jurídica, no es un Derecho neutro, no puede estar de espaldas al mundo, a la sociedad, sino que participa de las tendencias y orientaciones de la sociedad que regula. Se trata, por consiguiente, de una disciplina jurídica comprometida con la realidad social de cada momento histórico, con los sentimientos y con la ideología de la sociedad que lo establece y lo aplica. Es un Derecho comprometido, que participa activamente de las tendencias y condicionamientos de las restantes ramas del ordenamiento jurídico.

De lo señalado se desprende que el Derecho internacional privado participa de los mismos principios, tanto materiales como procesales, que el ordenamiento jurídico del cual forma parte. De este modo, el Derecho internacional privado responde a los mismos criterios o parámetros de justicia que las restantes ramas o parcelas del ordenamiento jurídico del cual forma parte (estatal, europeo, etc.); y esos criterios los proyecta en sus soluciones, en sus respuestas jurídicas. De hecho, todas las ramas que están integradas dentro de un mismo ordenamiento jurídico (estatal o europeo), incluido el Derecho interna-

²⁰ M.J. LUNAS DÍAZ, “El principio de primacía comunitario y el Derecho internacional privado”, *RDCE*, 1998, julio-diciembre, núm. 4 pp. 473-499, p. 489, núm. 14.

cional privado, participan de unos mismos principios, valores e intereses, que son los del sistema jurídico al cual pertenecen. Como consecuencia de lo señalado, ha de existir una coherencia valorativa entre el Derecho internacional privado y el Derecho privado interno que formen parte integrante de un mismo ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el Derecho internacional privado, que constituye un instrumento imprescindible al servicio de la justicia, ha de proyectar en sus soluciones, en sus respuestas jurídicas, los valores, principios e intereses de los que participan las restantes ramas que pertenecen al sistema jurídico en el cual se encuadra (ya sea estatal o europeo). Esta intensa participación del Derecho internacional privado de los parámetros sociales, del sentir social, presenta muy variadas manifestaciones.

10. La referida necesidad de coherencia valorativa no es únicamente predicable de los ordenamientos jurídicos estatales, sino que se proyecta igualmente en el seno del ordenamiento jurídico europeo. El principio de conciliación del Derecho internacional privado europeo con el Derecho europeo material, preconizado por los profesores E. JAYME y C. KOHLER²¹, constituye una clara manifestación de la necesaria correspondencia o coherencia valorativa que ha de existir entre el Derecho internacional privado europeo y el Derecho europeo material. Por virtud del susodicho principio, un relevante objetivo a perseguir, por las instituciones europeas, consiste en alcanzar la coordinación o conciliación de los textos del Derecho internacional privado europeo de alcance general (en concreto, del Reglamento “Bruselas I bis” y, muy especialmente, del Reglamento “Roma I”) con el Derecho europeo derivado, esto es, con las disposiciones materiales de carácter imperativo de las Directivas europeas relativas a sectores concretos de la contratación. El Reglamento “Roma I” ha de actuar como un aliado de las políticas de protección europeas (tanto de la parte débil de la relación litigiosa como del mercado interior), materializadas en las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores específicos de la contratación.

En aras de la referida coherencia valorativa que ha de existir entre el Derecho internacional privado europeo y el Derecho europeo material, las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación, el Reglamento “Roma I” y el Reglamento “Bruselas I bis” han de ser concebidos, no como textos individualmente considerados e independientes entre sí, sino como instrumentos complementarios, como un todo unitario, esto es, como un conjunto normativo coherente, ya que los textos generales del Derecho internacional privado europeo han de estar al servicio de los principios del mercado interior, de sus objetivos. Y, como es sabido, uno de los objetivos relevantes, de las instituciones europeas, consiste en homogeneizar las condiciones de competencia en el seno del mercado interior.

III. Cauces para alcanzar el principio de conciliación entre los instrumentos del Derecho internacional privado de la Unión Europea con las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación

11. En este apartado nos proponemos analizar, fundamentalmente, los instrumentos o cauces con los que cuenta el Reglamento “Roma I” para coordinar o conciliar sus normas de conflicto con las disposiciones materiales de carácter imperativo de las Directivas europeas sectoriales.

A mi juicio, uno de los objetivos básicos perseguidos por el legislador europeo, a la hora de elaborar el Reglamento “Roma I”, ha sido el de alcanzar una mayor coordinación o conciliación con el resto del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En aras de alcanzar este objetivo, el Reglamento “Roma I” ha contemplado en su articulado diversos mecanismos o cauces. Dichos mecanismos de conciliación o instrumentos de armonización no son susceptibles de operar en todos los supuestos. Se podrá recurrir a uno u otro en función de las particulares circunstancias del caso concreto. A mi modo de ver, entre los factores a tener en cuenta para la elección de uno u otro cauce o instrumento se encuentran los

²¹ E. JAYME y C. KOHLER, “Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 – Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien”, *IPRax*, 1993, núm. 6, pp. 357-371; *id.*, “L’interaction des règles de conflit continues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *RCDIP*, 1995, vol. 84, núm. 1, pp. 1-40.

siguientes: el modo utilizado por la Directiva europea sectorial en cuestión para delimitar su ámbito de aplicación espacial, el régimen de Derecho aplicable en el que se encuadre el supuesto contractual de que se trate, el sector jurídico material afectado, la existencia o no de elección de ley, la elección por las partes contractuales de la ley de un Estado miembro de la Unión Europea o de la ley de un tercer Estado, etc. Por ello, en las líneas siguientes nos proponemos analizar el alcance y qué presupuestos concretos han de cumplirse para que resulten operativas las vías consagradas por el Reglamento “Roma I” para la conciliación del mismo, en general, con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y, en particular, con las Directivas europeas sectoriales.

12. Como acabamos de poner de relieve, el recurso a uno u otro instrumento o cauce de conciliación o coordinación de las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” con las Directivas europeas sectoriales (Derecho europeo derivado) dependerá, entre otros factores, del modo utilizado por la Directiva de que se trate para delimitar su ámbito de aplicación espacial.

De este modo, en el supuesto de tratarse de una Directiva sectorial de la Unión Europea que delimite su ámbito de aplicación espacial por medio de normas de conflicto en sentido estricto, habrá que acudir a la vía consagrada por el art. 23 del Reglamento “Roma I” (bajo el título de “Relaciones con otras disposiciones del Derecho comunitario”). Dicho precepto, relativo a las relaciones del Reglamento “Roma I” con otras disposiciones del Derecho de la Unión Europea, consagra una cláusula que persigue fomentar la compatibilidad entre los instrumentos normativos de la Unión que contengan normas de conflicto en materia contractual. Por virtud de dicha cláusula, que permite una mayor especialización de las soluciones²², salvo en materia de contratos de seguro, el Reglamento “Roma I” no impedirá la aplicación de otros instrumentos normativos de la Unión Europea que, en relación con materias específicas, contengan normas de conflicto relativas a las obligaciones contractuales. Por lo tanto, dichas normas gozan de primacía sobre las normas conflictuales contenidas en el Reglamento “Roma I”. En relación con esta cuestión, es conveniente precisar dos aspectos.

Por un lado, es preciso poner de relieve que, no obstante, en aras del principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, “deben evitarse situaciones en que haya dispersión de las normas de conflicto de leyes entre varios instrumentos, así como las diferencias entre esas normas”, por lo que, tal como se desprende del Considerando 40 del Reglamento “Roma I”, conviene hacer un uso moderado de la posibilidad de elaborar normas conflictuales en otros instrumentos normativos.

Y, por otro lado, es preciso aclarar que la excepción prevista por el art. 23 del Reglamento “Roma I”, en relación con los contratos de seguro, se justifica en que el contenido de las Directivas europeas relativas al susodicho sector jurídico ha sido incluido en el propio articulado del Reglamento “Roma I”, en concreto, en su art. 7.

En cualquier caso, la vía contenida en el art. 23 del Reglamento “Roma I” no sirve cuando nos encontramos ante Directivas europeas sectoriales que, o bien, delimitan su ámbito de aplicación territorial por medio de normas “con incidencia en la ley aplicable”, o bien, guardan absoluto silencio sobre su ámbito de aplicación espacial. En estos dos supuestos, se puede recurrir, siempre y cuando concurran determinados presupuestos que vamos a analizar en el presente apartado del trabajo, a dos instrumentos o mecanismos consagrados por el legislador europeo para alcanzar la ansiada coordinación o conciliación entre las normas conflictuales del Reglamento “Roma I” y la regulación material imperativa contenida en las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para los sectores de la contratación anteriormente aludidos. Por un lado, a la llamada cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea. Y, por otro lado, a las denominadas “leyes de policía”. En las siguientes líneas vamos a pasar a analizar estos dos instrumentos o mecanismos de conciliación de las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” con las disposiciones imperativas de las Directivas europeas sectoriales.

13. A mi modo de ver, el mecanismo prioritario de conciliación, de las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” con las disposiciones materiales de carácter imperativo del Derecho europeo

²² No olvidemos que, detrás de la regulación contenida en el Reglamento “Roma I”, late una clara tendencia a la especialización de las soluciones, de la cual la cláusula contenida en su art. 23 constituye un claro exponente.

derivado, esto es, de las Directivas europeas sectoriales, lo constituye la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea. Esta primera vía de conciliación constituye una de las principales novedades del Reglamento “Roma I”, ya que la misma no estaba presente en su antecesor: el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en lo sucesivo, Convenio de Roma)²³.

La cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea constituye una importante limitación a la extensa autonomía de la voluntad conflictual reconocida, a las partes contractuales, por el art. 3 del Reglamento “Roma I”. La finalidad de la susodicha cláusula general es garantizar la aplicación del nivel de protección mínimo europeo uniforme consagrado, en general, por el Derecho de la Unión Europea y, en particular, por las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para atender a las necesidades específicas de determinados sectores de la contratación. En última instancia, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea tiene como objetivo básico garantizar, por medio de la aplicación de las disposiciones imperativas de las Directivas europeas sectoriales, la protección de la parte débil de la relación litigiosa, así como la protección del correcto funcionamiento del mercado interior. La cuestión es que la consecución de la mencionada finalidad depende, al menos parcialmente, del concreto alcance que tenga la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea.

14. El concreto alcance de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea o también denominada “cláusula del Mercado Interior”²⁴, la cual es objeto de regulación por el apartado 4º del art. 3 del Reglamento “Roma I”, ha suscitado una viva controversia, puesta de manifiesto en el proceso de elaboración del Reglamento “Roma I”. De hecho, existe una amplia disparidad entre la regulación de la referida cláusula general, contenida en la Propuesta de Reglamento “Roma I” (que se caracterizaba por su notable imprecisión)²⁵, y la que figura en el texto definitivo del Reglamento²⁶.

A mi juicio, el alcance de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, consagrado por el legislador europeo en el marco del Reglamento “Roma I”, es extraordinariamente limitado en varios sentidos.

Por un lado, la operatividad de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea está condicionada a que nos encontremos ante un contrato internacional sometido al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”. Ello excluye, de la protección conferida por las Directivas europeas sectoriales a través de esta vía, a los contratos individuales de trabajo, así como a una parte de los contratos de consumo y de los contratos de seguro, muchos de los cuales quedan sometidos, como es sabido, al régimen especial de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”.

Por otro lado, en el marco del Reglamento “Roma I”, a diferencia de lo que acontecía en el seno de la Propuesta de Reglamento (que no se limitaba a los contratos “intracomunitarios”), para que resulte operativa la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea es imprescindible que se trate de un contrato “intracomunitario”, esto es, de un contrato internacional cuyos “elementos relevantes” o “pertinentes” estén, en el momento de la elección de ley, vinculados exclusivamente al área de la

²³ *DOCE*, de 9 de octubre de 1980, núm. L 266; *BOE*, de 19 de julio de 1993, núm. 171. Corrección de errores: *BOE*, de 9 de agosto de 1993, núm. 189.

²⁴ Así la ha denominado S LEIBLE, “La propuesta para un Reglamento ‘Roma I’. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”, *AEDIPr*, 2006, tomo VI, pp. 541-568, pp. 553-556.

²⁵ De conformidad con el apartado 5 del art. 3 de la Propuesta de Reglamento “Roma I”, la “elección por las partes de la ley de un Estado no miembro no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario cuando sean aplicables al caso particular”. La imprecisión de esta última coletilla es criticable, a mi juicio, por generar una elevada inseguridad en el operador jurídico. Un exhaustivo análisis del origen y alcance de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, contenida en la Propuesta del Reglamento “Roma I”, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, “La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’”, en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Directores), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60, pp. 54-60.

²⁶ Por virtud del apartado 4 del art. 3 del Reglamento “Roma I”, “cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

Unión Europea, es decir, a Estados miembros de la Unión (incluyendo a Dinamarca)²⁷. A nuestro modo de ver, tal presupuesto es digno de crítica, fundamentalmente, por dos motivos.

En primer lugar, con semejante limitación, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea no puede cumplir la finalidad principal para la cual ha sido prevista: la protección del correcto funcionamiento del mercado interior, así como de la parte débil de la relación litigiosa. Un presupuesto indispensable para el correcto funcionamiento del mercado interior lo constituye la existencia de unas condiciones homogéneas de competencia en el seno del mercado interior. La exclusión de los contratos “extracomunitarios” (por tener, por ejemplo, alguno de sus elementos relevantes vinculado a un Estado tercero), de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, conlleva que las condiciones de acceso al mercado único puedan ser tan dispares que se vulnere el juego de una competencia no falseada en el mercado interior. Ello ocasiona un serio perjuicio para su correcto funcionamiento, que es uno de los dos objetivos principales que persigue la referida cláusula general.

En segundo lugar, la actual redacción de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea no sintoniza bien con las normas “con incidencia en la ley aplicable”, por las cuales, como es sabido, delimitan su ámbito de aplicación espacial numerosas Directivas europeas sectoriales. Con alguna excepción aislada (me estoy refiriendo a la anteriormente comentada Directiva sobre multipropiedad inmobiliaria), dichas Directivas tan sólo condicionan su aplicación a que exista una vinculación estrecha del contrato en cuestión con el área de la Unión Europea, sin especificar cuándo se entiende que existe tal vinculación estrecha; lo cual implica que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión gocen de un amplio margen de maniobra a la hora de concretar este aspecto en el caso concreto. En suma, los contratos “extracomunitarios”, que guarden una estrecha vinculación con el territorio de la Unión Europea, quedan excluidos de la protección conferida por la cláusula “del Mercado Interior”. Esta actitud tan dispar del legislador europeo no casa bien con el principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Al margen de lo señalado, resulta digno de crítica que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea únicamente resulte operativa en los supuestos de elección de ley. De hecho, en el marco del Reglamento “Roma I” (al igual que acontecía en el seno de la Propuesta de Reglamento), para que la misma entre en juego es preciso que las partes hayan elegido, como *lex contractus*, a la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea. Dicha limitación únicamente tiene sentido si se estima que el único objetivo de la referida cláusula general es prevenir el fraude de las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea²⁸. Es cierto que, en muchos supuestos, la elección de ley esconde una “elección unilateral” impuesta por la parte fuerte de la relación litigiosa a la parte débil; pretendiendo defraudar ciertas disposiciones imperativas del Derecho europeo derivado. Pero a mi juicio, como anteriormente he puesto de manifiesto, el objetivo de la cláusula general debiera de ser mucho más extenso: la protección del mercado interior, así como de la parte débil de la relación litigiosa; lo cual está en sintonía con la dualidad de intereses (públicos y privados) que subyacen detrás de las Directivas europeas sectoriales. Y partiendo de esta base, desde una perspectiva *de lege ferenda*, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea debiera de intervenir, no únicamente cuando las partes contractuales ejerzan su autonomía conflictual, sino también cuando no haya elección de ley (o dicha elección de ley sea inválida [por haberse elegido, por ejemplo, la *lex mercatoria*]) y haya de entrar en juego el art. 4 del Reglamento “Roma I”. Desde una perspectiva *de lege lata*, dada la actual redacción de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, ello carece de trascendencia, ya que no hay que olvidar que, lamentablemente, uno de los presupuestos de operatividad de la misma es que se trate de un contrato “intracomunitario”, por lo que la ley objetivamente aplicable va a ser necesariamente la ley de un Estado miembro de la Unión Europea (los cuales han transpuesto las Directivas europeas sectoriales). No sólo es criticable que se exija elección de ley, para que entre en juego la referida cláusula general, sino también que la ley elegida haya de ser necesariamente la de un Estado tercero. Y no olvidemos que, aunque los Estados miembros de la Unión están obligados a llevar a cabo la transposición

²⁷ Vid. el apartado 4 del art. 1 del Reglamento “Roma I”.

²⁸ De esta última postura parte, por ejemplo, P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement de la Comisión européenne sur le loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, vol. 95, núm. 2, pp. 331-349, p. 337, núm. 10.

de las Directivas a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, como anteriormente hemos puesto de manifiesto, una buena parte de las Directivas europeas sectoriales tienen la consideración de Directivas “de mínimos”, lo cual implica que pueda haber ciertas diferencias relevantes entre las distintas leyes estatales de transposición. Por ello, desde una perspectiva *de lege ferenda*, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea también tendría que operar cuando la ley elegida fuese la de un Estado miembro de la Unión Europea, ya que el fraude del Derecho europeo también puede tener sentido cuando la ley elegida sea la de un país de la Unión.

Sin embargo, a diferencia de lo que acontecía con la Propuesta de Reglamento “Roma I”, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea no está limitada en cuanto a las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea que entran dentro del ámbito de protección de la misma. A mi modo de ver, ello es digno de alabanza, ya que ello está en perfecta sintonía con el doble objetivo público y privado que persiguen las Directivas sectoriales de la Unión Europea²⁹: la protección de un adecuado funcionamiento del mercado interior (que conlleva la homogeneización de las condiciones de competencia en el susodicho mercado), así como la protección de la parte débil de la relación litigiosa (fundamentalmente, del asegurado o tomador del seguro, del agente comercial, del consumidor y del trabajador). Ello casa bien con el principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. De este modo, tanto desde una perspectiva *de lege lata* como *de lege ferenda*, siempre y cuando el supuesto entre dentro del ámbito de aplicación espacial de la Directiva europea sectorial de que se trate y se cumplan los presupuestos a los cuales acabamos de hacer alusión, todas las disposiciones imperativas de las Directivas europeas sectoriales, tanto las expresa como las implícitamente imperativas, tendrán cabida por la vía de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea regulada por el art. 3.4 del Reglamento “Roma I”; sin necesidad de que el órgano jurisdiccional justifique su aplicación en cada caso concreto. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo señalado, la indeterminación únicamente proviene de no especificar las Directivas europeas sectoriales, como anteriormente pusimos de manifiesto, cuándo existe una vinculación estrecha entre el supuesto contractual en cuestión y el área de la Unión Europea y, por consiguiente, cuándo las mismas han de aplicarse desde el punto de vista espacial. A nuestro modo de ver, desde una perspectiva *de lege ferenda*, dicha indeterminación tendría que subsanarse por la vía del legislador europeo, y no por la jurisprudencial.

15. Una vez analizado el concreto alcance de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, es preciso hacer referencia al efecto de su intervención, ya que, como es sabido, las Directivas europeas carecen de efecto directo horizontal, por lo que han de ser transpuestas, a los respectivos ordenamientos jurídicos internos, de los Estados miembros de la Unión. Por virtud del apartado 4º del art. 3 del Reglamento “Roma I”, las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea, en general, y de las Directivas europeas sectoriales, en particular, recibirán aplicación, por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, “tal como se apliquen en el Estado miembro del foro”.

Tal concreción del Derecho material estatal cuyas normas internas han de recibir aplicación, que no estaba presente en la Propuesta de Reglamento “Roma I”, es digna de alabanza en cuanto que potencia la seguridad jurídica, en el ámbito de la ley aplicable a los contratos internacionales en el seno de la Unión Europea, que es uno de los objetivos prioritarios del Reglamento “Roma I”.

No obstante, a mi modo de ver, hubiese sido preferible decantarse, en lugar de por la ley de transposición del foro, por la ley de transposición objetivamente aplicable al contrato internacional de que se trate. Esta solución, pese a ser menos sencilla y más aparatosa para el operador jurídico, sintoniza mejor con el *modus operandi* del Reglamento “Roma I” y con el propio sentido de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, ya que evita que se utilice la autonomía conflictual con la intención de defraudar el Derecho material estatal normalmente competente, que no es otro que el designado por las normas de conflicto del art. 4 del Reglamento “Roma I”, que es susceptible de variar, al menos en cierta medida, con respecto al Derecho material del foro. De hecho, la mayor parte de las Directivas europeas sectoriales son Directivas “de mínimos”. En este sentido se han manifestado algu-

²⁹ *Vid.*, por ejemplo, el art. 1 de la anteriormente mentada Directiva 2008/122/CE.

nos autores, que estiman que la aplicación del ordenamiento jurídico del foro fomenta de un modo innecesario el *forum shopping* “residual” (por mucho que se respete el nivel de protección mínimo uniforme consagrado por las Directivas sectoriales de la Unión Europea) a favor de la aplicación de la ley de un determinado Estado miembro³⁰, ya que puede inducir a la parte más fuerte de la relación contractual (por ejemplo, al empresario, al asegurador o al principal) a incluir, en el contrato internacional en cuestión, una cláusula de elección de ley, a favor de un Estado tercero, con la exclusiva intención de propiciar la aplicación de las normas de *ius cogens* del ordenamiento jurídico del foro.

16. En conclusión, si bien es cierto que el art. 3.4 del Reglamento “Roma I” corrige muchas de las deficiencias del art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento “Roma I”, también lo es que la actual redacción de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea presenta importantes déficits que debieran de ser reconsiderados en un futuro instrumento normativo europeo, ya que es innegable que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea goza de un enorme potencial conciliador, pero su alcance es excesivamente reducido, lo cual convierte a la referida cláusula general en un intento de conciliación, del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, parcialmente frustrado. A mi juicio, los rigurosos presupuestos que han de concurrir para su intervención, hacen que la actual cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea ofrezca una protección limitada.

De hecho, considero que la operatividad de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea no debiera de estar condicionada a que el contrato internacional de que se trate quede sometido al régimen general de Derecho aplicable; a que el contrato sea “intracomunitario” (siendo éste el defecto más importante de la actual regulación); así como a que haya elección de ley y a que la misma haya de ser a favor de la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea.

A mi modo de ver, desde una perspectiva *de lege ferenda*, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea debiera de operar, igualmente, con respecto a contratos internacionales (objeto de regulación por Directivas europeas sectoriales) que queden sometidos al régimen especial de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I” (como es el caso de los contratos individuales de trabajo y de numerosos contratos de consumo y contratos de seguro). También resultaría deseable la operatividad de la susodicha cláusula general cuando las partes contractuales no hubiesen ejercido la autonomía conflictual. E incluso cuando la hubiesen ejercido, la referida cláusula general habría de operar también, todo desde una perspectiva *de lege ferenda*, cuando las partes hubiesen elegido como *lex contractus* a la ley de un Estado miembro de la Unión Europea, y no sólo cuando la ley elegida fuese la de un Estado tercero. Y, por supuesto, la señalada cláusula general habría de operar con independencia de que el contrato fuese “intracomunitario” o “extracomunitario”; siempre y cuando el supuesto contractual en cuestión estuviese incluido dentro del ámbito de aplicación territorial de la Directiva europea sectorial de que se trate. De hecho, es muy habitual que los contratos “extracomunitarios” guarden una estrecha vinculación con el área de la Unión Europea. En cualquier caso, es de valorar muy positivamente que todas las disposiciones imperativas, de las Directivas europeas sectoriales (ya sean implícita o expresamente imperativas), queden dentro del ámbito de protección del apartado 4º del art. 3 del Reglamento “Roma I”.

17. Como anteriormente adelantamos, otro instrumento o mecanismo de conciliación, entre las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” y las disposiciones materiales de carácter imperativo de las Directivas sectoriales de la Unión Europea, lo constituyen las denominadas “leyes de policía”. A mi modo de ver, las mismas son un mecanismo subsidiario de conciliación, lo cual implica que únicamente puedan entrar en juego en los supuestos en los cuales no resulte operativa la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea (por no cumplirse cualquiera de los presupuestos que acabamos

³⁰ En este mismo sentido, *vid.*, muy especialmente, P. LAGARDE/A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008, vol. 97, núm. 4, pp. 727-780, pp. 737-738, núm. 10; así como J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Colección “El Derecho de la Globalización”, núm. 17, Madrid, 2009, pp. 151-152, núm. 112, el cual hace alusión de la denominada “indiferencia conflictual del Derecho comunitario”, la cual implica que al legislador europeo le resulte indiferente qué concreta ley de un Estado miembro de la Unión resulte aplicable al contrato internacional.

de analizar) y el supuesto contractual de que se trate entre dentro del ámbito de aplicación espacial de una Directiva europea sectorial.

Aunque el Reglamento “Roma I” las denomina, en su art. 9, como “leyes de policía”, habitualmente se las conoce como normas materiales internacionalmente imperativas o como normas de aplicación inmediata o necesaria. Como es sabido, se trata de normas que gozan de un “plus de imperatividad”. Son normas que, debido a su peculiar alcance y función, se aplican a los contratos, tanto internos como internacionales, con independencia de cuál sea la ley rectora del contrato internacional de que se trate.

Las “leyes de policía” no constituyen una novedad del Reglamento “Roma I”, ya que las mismas aparecían reguladas por el Convenio de Roma. Lo que ocurre es que, en el marco del Reglamento “Roma I”, las “leyes de policía” intervienen de un modo más restrictivo que en el Convenio de Roma (que no contenía ninguna definición de las mismas), ya que el legislador europeo ha incorporado, en el apartado 1º del art. 9 del Reglamento “Roma I”, una definición de las “leyes de policía” de carácter excesivamente restrictivo: una “ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”³¹. A mi modo de ver, tal definición parte de un criterio de clasificación anacrónico entre las normas materiales internacionalmente imperativas: la distinción entre “normas ordopolíticas” o “de dirección” y “normas de protección”. Desde mi punto de vista, el cambio de actitud del legislador europeo es criticable, ya que las normas materiales internacionalmente imperativas debieran de proteger, tanto intereses generales o públicos, como a la parte débil de la relación litigiosa. Tal como en su día pusieron de manifiesto los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, existen sectores, entre los cuales se encuentra el contrato de agencia comercial, en los que “es necesario proteger, mediante normas internacionalmente imperativas, a sujetos situados en posiciones contractuales débiles”, como es el caso del agente³². Pese a ello, con base en la definición tan sumamente restrictiva contenida en el art. 9.1 del Reglamento “Roma I”, las “leyes de policía” no pueden intervenir, en el seno del susodicho Reglamento, para proteger a la parte débil de la relación litigiosa, sino única y exclusivamente para proteger intereses generales o públicos. En el mismo sentido, que el art. 9.1 del Reglamento “Roma I”, se manifiesta el Considerando 37 del Reglamento, por virtud del cual “consideraciones de *interés público* justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía”³³. De este modo, el art. 9.1 del Reglamento “Roma I” parece referirse, exclusivamente, a las denominadas “normas ordopolíticas” o “de dirección”; quedando por tanto excluidas, de su alcance, las llamadas “normas de protección”³⁴.

A mi juicio se trata de una distinción anacrónica que, en la actualidad, carece de razón de ser, especialmente cuando se encuentran implicadas Directivas europeas sectoriales, las cuales, como hemos señalado anteriormente, cumplen un doble objetivo que no está en sintonía con la referida clasificación entre las normas de aplicación inmediata o necesaria. A mi modo de ver, la doble finalidad de las disposiciones imperativas de las Directivas europeas sectoriales, consistente en proteger tanto el correcto funcionamiento del mercado interior como a la parte débil de la relación litigiosa, además de poner en tela de juicio la referida distinción, las hace merecedoras de ser consideradas como normas materiales internacionalmente imperativas y, por consiguiente, de ser también aplicadas a los contratos internacionales, que sean objeto de regulación por Directivas sectoriales, con independencia de cuál sea la *lex contractus*. En definitiva, las disposiciones expresa e implícitamente imperativas, contenidas en las Directivas sectoriales de la Unión Europea, ponen claramente de manifiesto el carácter extremadamente artificial que presenta la referida delimitación, y ello debido a que, como sabemos, las mismas

³¹ Un exhaustivo análisis de la referida definición de “leyes de policía”, así como de su origen jurisprudencial, puede encontrarse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 229-232, núm. 191.

³² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980”, en A.L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Directores), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137, p. 116, núm. 93.

³³ La cursiva es nuestra.

³⁴ En este sentido, *vid.*, muy especialmente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 230-231.

responden a razones tuitivas, pero también económico-políticas; lo cual imposibilita encuadrarlas en una u otra categoría.

En conclusión, con base en lo señalado en las líneas anteriores, estimamos que las normas internas de los Estados miembros de la Unión Europea, que hayan transpuesto a su respectivo ordenamiento jurídico interno las disposiciones expresa e implícitamente imperativas, de las Directivas europeas sectoriales, son susceptibles de quedar encuadradas dentro de la definición de “leyes de policía” contenida en el art. 9.1 del Reglamento “Roma I”; siempre y cuando el supuesto en cuestión entre dentro del ámbito de aplicación territorial de una Directiva sectorial de la Unión Europea³⁵. Desde nuestro punto de vista, la consideración de las susodichas normas como “leyes de policía” constituye, en última instancia, un instrumento al servicio de la realización de los principios y objetivos del Derecho europeo, de las necesidades del mercado interior, las cuales han propiciado, al igual que las razones tuitivas, la elaboración de las Directivas sectoriales de la Unión Europea.

Al margen de lo señalado, las “leyes de policía”, al igual que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, también constituyen una importante limitación a la amplia autonomía conflictual que el art. 3 del Reglamento “Roma I” reconoce a las partes del contrato internacional; pero las mismas gozan de un mayor alcance que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, y ello por varias razones. En primer lugar, debido a que las mismas, a diferencia de lo que acontece con la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, son susceptibles de intervenir, tanto en relación con el régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I” (arts. 3 y 4), como con el régimen especial de Derecho aplicable (arts. 5-8). En segundo término, las “leyes de policía”, a diferencia de lo que ocurre con la actual cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, pueden operar con independencia de que el contrato internacional de que se trate sea “intracomunitario” (esto es, que todos sus elementos estén vinculados al territorio o área de la Unión Europea) o “extracomunitario” (es decir, que al menos uno de los elementos que lo constituyen esté conectado a un tercer Estado). Y, en tercer lugar, las normas materiales internacionalmente imperativas son susceptibles de intervenir, tanto cuando las partes ejerciten su autonomía conflictual (ya sea a favor de la ley de un Estado miembro de la Unión Europea o de un tercer Estado), como cuando no haya elección de ley por las partes contractuales (o dicha elección de ley sea inválida) y la *lex contractus* sea la ley objetivamente aplicable (la ley designada por el art. 4 del Reglamento “Roma I” si el contrato internacional en cuestión no queda sujeto al régimen especial de Derecho aplicable [por tratarse, por ejemplo, de un contrato de agencia comercial, de un contrato de seguro excluido del ámbito del art. 7 del Reglamento o de un contrato de consumo excluido del ámbito material y/o espacial del art. 6 del Reglamento]). Por lo tanto, a diferencia de lo que acontece con la actual cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, la intervención de las “leyes de policía” no está condicionada a que las partes hayan ejercitado su autonomía conflictual.

El amplio alcance de las normas materiales internacionalmente imperativas convierte a esta categoría normativa en un mecanismo que goza de un acusado potencial conciliador. Se trata de un instrumento clave para alcanzar el principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Además, como anteriormente hemos comentado, al igual que acontece con la actual cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, todas las disposiciones imperativas de las Directivas europeas sectoriales (ya sean expresa o implícitamente imperativas) tienen cabida dentro de las “leyes de policía”; siendo ello debido a la dualidad de intereses (públicos y privados) que subyacen detrás de las mismas.

En el próximo apartado del presente trabajo nos proponemos analizar la coherencia valorativa existente entre las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” y las disposiciones materiales de carácter imperativo de las Directivas europeas sectoriales (Derecho europeo material). Y para ello vamos a recurrir a un complejo y paradigmático sector de la contratación muy habitual en la práctica internacional: el sector de la agencia comercial. A mi modo de ver, lo analizado en el siguiente apartado es extrapolable, con ciertos matices, a los restantes sectores de la contratación.

³⁵ En un sentido distinto al señalado se muestra el profesor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 230-231, el cual incluye, dentro de la categoría de normas “de protección”, a las disposiciones que protegen la situación jurídica de los agentes comerciales y de otros colectivos que se encuentren en una “posición contractual débil”.

IV. El principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea en el ámbito de los contratos internacionales de agencia comercial

1. Contexto y marco normativo

18. En el marco de la globalización económica, existe una notable tendencia a incrementar las redes de distribución. Actualmente, se vislumbra un notable auge del sistema de distribución indirecto: agencia comercial, concesión mercantil y franquicia. El contrato internacional de agencia comercial es uno de los contratos más habituales en la práctica comercial internacional de nuestros días. Dicha categoría contractual destaca, por su enorme eficacia, en el seno de las técnicas de distribución indirecta de comercialización de bienes y servicios. Cada vez es más habitual que las empresas recurran, para comercializar sus productos o servicios, a intermediarios profesionales y, muy especialmente, a agentes comerciales independientes. Como sabemos, el concesionario (al cual se le denomina comúnmente como distribuidor), al igual que el franquiciado, actúan en nombre y por cuenta propia, es decir, compran y revenden el producto o servicio de que se trate en el territorio que les haya sido atribuido. Sin embargo, el agente comercial actúa en nombre y por cuenta ajena, en concreto, del fabricante o exportador.

La actividad de promoción, que es la obligación principal del agente comercial, constituye el eje central del contrato de agencia comercial, es decir, la esencia misma del objeto de dicha categoría contractual. La promoción consiste en colocar el producto o, en su caso, el servicio del principal en un determinado mercado/-os, esto es, en captar clientela y entablar las negociaciones oportunas en el correspondiente mercado. La actividad de promoción que el agente comercial lleva a cabo, siempre por cuenta ajena, consiste en poner en contacto al fabricante o exportador con el cliente o importador. Con carácter general, el agente comercial únicamente está facultado para realizar la señalada actividad de promoción; tratándose, en estos casos, de un “agente negociador”. Sin embargo, en algunos casos aislados, el principal o empresario habilita al agente comercial, por medio del correspondiente poder de representación, a concluir con el cliente, que el agente comercial haya captado en el mercado que le haya sido asignado, los contratos de venta de los señalados productos o servicios en nombre y por cuenta del principal. En este caso, nos encontramos ante un “agente contratante”. De lo señalado se desprende que el agente comercial únicamente podrá contratar, y siempre en nombre y por cuenta del principal, cuando se le haya atribuido el correspondiente poder para ello. En estos casos, la actividad de conclusión de operaciones comerciales, al igual que la de promoción, constituirán las obligaciones principales del agente comercial. Sin embargo, la obligación fundamental o básica del principal consiste en satisfacer al agente comercial la remuneración pactada. Dicha obligación específica del principal se deriva de su deber genérico de actuar lealmente y de buena fe en sus relaciones con el agente comercial.

El contrato de agencia comercial materializa la relación jurídica existente entre el principal o empresario (que ha de ser necesariamente una persona jurídica) y el agente comercial independiente (que puede ser tanto una persona física como una persona jurídica).

19. A diferencia de lo que acontece con el contrato de concesión mercantil y con el contrato de franquicia³⁶, el contrato de agencia comercial, como anteriormente hemos adelantado, es objeto de regulación por una Directiva europea sectorial, en concreto, por la anteriormente mentada Directiva del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Ello conlleva la necesidad de coordinar las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” con las disposiciones materiales de carácter imperativo de la Directiva 86/653/CE³⁷.

³⁶ Por lo que a estas categorías contractuales se refiere, *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento ‘Roma I’”, *CDT*, 2009, vol. I, núm. 1, pp. 19-35.

³⁷ Dicha problemática fue objeto de un riguroso análisis en H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Colección “El Derecho de la Globalización”, núm. 14, Madrid, 2007, en relación con el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; así como en H. AGUILAR GRIEDER, “El impacto del Reglamento ‘Roma I’ en el contrato internacional de agencia”, *CDT*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 24-46, por lo que se refiere al Reglamento “Roma I”.

El proceso legislativo de la Directiva de agencia de 1986 fue extremadamente largo debido a la oposición, que mostraron algunos Estados miembros al texto original, por considerar que el mismo limitaba en exceso el ámbito de la libertad contractual. Por esta razón, la Directiva 86/653/CE, al igual que otras muchas Directivas europeas sectoriales, acabó siendo una Directiva “de mínimos”. De este modo, la Directiva de agencia, en relación con determinados aspectos controvertidos, concede a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para elegir entre las distintas soluciones propuestas y para establecer un régimen más gravoso para el principal. Un claro y significativo ejemplo de lo señalado lo constituye el apartado 2c) del art. 17 de la Directiva, el cual reconoce a los Estados miembros la posibilidad de reconocer, además de la indemnización por clientela, la indemnización de daños y perjuicios.

La Directiva de agencia de 1986 regula, exclusivamente, la relación jurídica interna existente entre el agente comercial y el principal y, dentro de la susodicha relación, las cuestiones que mayor litigiosidad suscitan. En concreto, la Directiva se ocupa de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato que las mismas han celebrado, de la remuneración del agente comercial, de la celebración del contrato de agencia comercial y, muy especialmente, de las cuestiones jurídicas referentes a su terminación (tales como el preaviso, las indemnizaciones debidas al agente comercial tras la rescisión unilateral del contrato por el principal por causa no imputable al agente comercial etc.). Dichas cuestiones jurídicas constituyen, de hecho, el núcleo duro de la Directiva de agencia.

20. Al igual que las restantes Directivas europeas sectoriales, la Directiva de agencia comercial, tal como se desprende de sus Considerandos, persigue un doble objetivo (uno público y uno privado). Ambos objetivos se encuentran estrechamente interrelacionados entre sí.

Por un lado, la Directiva de agencia persigue un objetivo político-económico, tendente a favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior, consistente en homogeneizar las condiciones de competencia dentro del susodicho ámbito en aras de la consecución de un mercado único. La Directiva de agencia trata de evitar, en última instancia, un eventual falseamiento de la libre competencia por los principales (ya sean o no europeos) en el área de la Unión Europea; así como una barrera al desenvolvimiento por los agentes comerciales independientes de su actividad profesional en el territorio de la Unión y, por consiguiente, a la libertad comunitaria de establecimiento. De este modo, la Directiva de agencia está encaminada a eliminar disparidades significativas, entre las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión, en relación con el coste económico del contrato de agencia comercial en aras de no infringir el principio de igualdad en la competencia en el seno del mercado común, ya que ello puede tener nocivas consecuencias para la red de distribución en el referido marco. Por esta razón, ocupan un papel central las disposiciones de la Directiva relativas a la remuneración y, muy especialmente, las que reglamentan la indemnización del agente comercial ocasionada por la ruptura unilateral del contrato de agencia comercial por parte del principal.

Al margen de lo señalado, la Directiva de agencia persigue, igualmente, una finalidad tuitiva, esto es, de protección del agente comercial en tanto que parte débil de la relación litigiosa. De hecho, la Directiva garantiza al agente comercial, en todo el área de la Unión Europea, un nivel mínimo uniforme de protección jurídica frente al principal.

21. La Directiva 86/653/CE ha llevado a cabo la armonización de las legislaciones nacionales, sobre el contrato de agencia, de los Estados miembros de la Unión Europea. De hecho, la Directiva de agencia de 1986 ha sido transpuesta, correctamente, a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de todos los Estados miembros de la Unión. Por lo que se refiere a España, la transposición de la susodicha Directiva se ha llevado a cabo por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia³⁸. La armonización de legislaciones, llevada a cabo por la Directiva de agencia, ha propiciado, claramente, una mayor seguridad jurídica, ya que, antes de su entrada en vigor, algunos Estados miembros carecían de una regulación específica para el contrato de agencia. Tal era el caso, por ejemplo, de España, para el cual el contrato de agencia, con anterioridad a la Ley 12/1992, era un contrato atípi-

³⁸ BOE, de 29 de mayo de 1992, núm. 129.

co. La ley de agencia española, al igual que otras legislaciones nacionales de agencia de los Estados miembros, ha regulado muchas cuestiones jurídicas que no han sido previstas por la Directiva 86/653/CE y que, por consiguiente, quedan excluidas del alcance del principio de primacía comunitario. Como consecuencia de lo señalado, es preciso poner de relieve que todas las legislaciones nacionales de agencia, de los Estados miembros de la Unión, respetan el nivel de protección mínimo consagrado, a favor del agente comercial, por la Directiva de agencia y, por consiguiente, la dualidad de objetivos que la misma persigue.

Sin embargo, es destacable la diversidad legislativa existente entre las legislaciones de agencia de Estados terceros, ya que, en muchas de ellas (piénsese, por ejemplo, en la legislación de agencia californiana), no está presente el principio tuitivo del agente comercial que subyace detrás de la Directiva de agencia. De hecho, numerosas legislaciones de agencia, de Estados no miembros de la Unión, no consagran un estatuto tutelar del agente comercial. Pero incluso entre las que lo establecen, el grado de protección conferido, al agente comercial frente al principal, varía notablemente de un país a otro.

Las diferencias entre las distintas regulaciones de Estados terceros se hacen más acusadas en lo relativo a la terminación del contrato de agencia comercial de duración indefinida, que son las que mayor litigiosidad suscitan y en las que en mayor medida se vislumbra el principio inspirador de la regulación nacional en cuestión (tuitivo o no) y, en su caso, el grado de protección conferido al agente comercial frente al principal. De hecho, entre las legislaciones nacionales de agencia de Estados terceros existe una acentuada diversidad en torno a cuestiones tales como la posibilidad de agente de reclamar comisiones devengadas por actividades que haya desarrollado durante la vigencia del contrato de agencia y que serán efectivamente realizadas una vez finalizado el mismo; los plazos de preaviso por finalización del contrato de agencia de duración indefinida por la voluntad unilateral del principal; los límites impuestos a las “cláusulas de no competencia”; y, muy especialmente, el derecho del agente comercial, bajo determinadas condiciones, al cobro de una indemnización o reparación del perjuicio por la extinción del contrato de agencia, de carácter indefinido, por causa no imputable al mismo.

Dichas indemnizaciones, que son las que constituyen el núcleo central de la Directiva de agencia y las que mayor litigiosidad suscitan, las contemplan únicamente las legislaciones nacionales protectoras del agente comercial. Y dentro de tales legislaciones, existen amplias divergencias en torno a cuestiones que afectan a las referidas indemnizaciones (cuantía de la indemnización a percibir por el agente comercial, sistema de cálculo de las mismas, etc.).

22. En los contratos de agencia comercial existe, con carácter general, un notable desequilibrio en la posición negocial de las partes. Lo habitual es que el agente comercial sea la parte débil de la relación contractual y que el principal le imponga los términos del contrato. El principal, en aras de obtener mayores beneficios económicos y de resultar más competitivo en el correspondiente mercado, tenderá a prevalecerse de su ventajosa posición negocial eludiendo las legislaciones nacionales protectoras del agente comercial. De hecho, es habitual que el empresario o principal, por medio de una cláusula de elección del ley, opte por una legislación, de un Estado tercero, que no se ampare en el principio tuitivo del agente comercial y que, por consiguiente, no respete el nivel de protección mínimo consagrado, a favor del agente, por las disposiciones materiales de carácter imperativo de la Directiva de agencia. Dicha conducta del principal conlleva efectos negativos, por lo que ha de ser evitada.

Por un lado, ello es negativo para el mercado interior, ya que propicia una competencia falseada en el mismo.

Y, por otro lado, tal actitud también acarrea consecuencias negativas para los agentes comerciales, ya que éstos van a quedar desprotegidos frente a eventuales abusos del principal y, además, en clara inferioridad de condiciones con respecto a los agentes comerciales cuyo poder económico sea superior al de sus respectivos principales.

Al margen de lo señalado, tal actitud también va a resultar nociva para los principales que no gocen de la aludida situación de predominio negociador, ya que éstos van a operar en el correspondiente mercado en clara inferioridad de condiciones con respecto a los principales que sean más potentes.

2. La necesidad de alcanzar una coherencia valorativa entre el Reglamento “Roma I” y la Directiva 86/653/CE

23. En el marco del Reglamento “Roma I”, el contrato internacional de agencia comercial, como consecuencia de no existir ninguna norma de conflicto especial para esta categoría normativa en el seno del régimen especial de Derecho aplicable, quedará sujeto, por mera exclusión, al régimen general de determinación de la ley aplicable, contenido, como es sabido, en los arts. 3 y 4 del Reglamento. El régimen general de Derecho aplicable parte implícitamente de la base de que no existe una necesidad especial de protección, es decir, de una situación de equilibrio en la posición contractual de las partes.

Y, como hemos señalado más arriba, en el contrato de agencia comercial, pese a celebrarse entre dos profesionales (agente comercial y principal), suele existir un desequilibrio en la posición negocial de las partes; siendo común que el agente comercial sea la parte débil de la relación litigiosa y que el principal goce de un gran poder negociador y que, por lo tanto, le imponga al agente comercial los términos del contrato.

Teniendo en cuenta lo señalado, al menos *a priori*, el Reglamento “Roma I” muestra una descoordinación, esto es, una falta de coherencia valorativa, con la Directiva relativa los agentes comerciales independientes, cuyos objetivos han sido expuestos con anterioridad. Con el fin de evitar la referida descoordinación, habrá que recurrir a los mecanismos o instrumentos de conciliación del Reglamento “Roma I”, anteriormente señalados, en los términos que vamos a pasar a exponer.

24. En primer lugar, es preciso poner de relieve que, para conciliar las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” (arts. 3 y 4), queda descartada la vía consagrada por el art. 23 del Reglamento “Roma I”, ya que la Directiva de agencia comercial no recurre a ninguna norma de conflicto para delimitar su ámbito de aplicación espacial. De hecho, como posteriormente veremos, la misma guarda absoluto silencio sobre su ámbito de aplicación territorial.

25. En segundo término, señalar que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea puede entrar en juego cuando nos encontremos ante un contrato internacional de agencia comercial, ya que éstos quedan sometidos, como acabamos de señalar, al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”, que es el marco en el cual resulta operativa la referida cláusula. No obstante, teniendo en cuenta lo analizado en el anterior apartado del presente trabajo, la misma únicamente podrá resultar operativa, en el ámbito de los contratos internacionales de agencia comercial, cuando se cumplan los siguientes presupuestos.

Por un lado, es preciso que nos encontremos ante un contrato internacional de agencia comercial “intracomunitario”. Se entiende por contrato “intracomunitario” a aquel contrato cuyos elementos estén vinculados al área de la Unión Europea. Por lo tanto, para que pueda entrar en juego la cláusula “de protección del mercado interior” es imprescindible que, en el momento de la elección de ley, los “elementos pertinentes”, es decir, los “elementos relevantes”, del contrato de agencia comercial de que se trate, se encuentren conectados al territorio de la Unión Europea, esto es, a Estados miembros de la Unión. Se entiende por “elementos relevantes” o “pertinentes” del contrato de agencia comercial a la residencia habitual o establecimiento profesional del agente comercial, al establecimiento profesional del empresario o principal y al mercado afectado. El mercado afectado es el mercado en el cual el agente comercial realiza su actividad profesional para el principal, el mercado en el cual capta la clientela para el empresario, esto es, el mercado en el que el agente comercial promueve los productos o servicios del principal. Tal es el caso, por ejemplo, de un contrato de agencia comercial celebrado entre un agente comercial domiciliado en Portugal y un principal cuyo establecimiento profesional se halle en Francia; siendo el mercado afectado el español.

Por otro lado, para que pueda operar la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, en el marco de los contratos internacionales de agencia comercial, es necesario que haya elección de ley. Por lo tanto, la susodicha cláusula no entrará en juego en el supuesto de no haber ejercido las partes contractuales su autonomía conflictual (o de no ser válida la elección de ley, realizada por éstas, por haberse elegido, por ejemplo, la *lex mercatoria* como *lex contractus*), y de determinarse la *lex*

contractus con arreglo a la norma de conflicto especial prevista, por el legislador europeo en el apartado 1b) del art. 4, para los contratos de “prestación de servicios”. Dicha norma conflictual remite a la ley del país en el cual el “prestador del servicio”, esto es, el agente comercial, tenga su residencia habitual. En el ejemplo expuesto más arriba, la *lex contractus*, en el supuesto de no haber ejercitado las partes su autonomía conflictual y de no operar la cláusula de excepción (lo cual no suele ser nada común), sería la ley portuguesa³⁹. Por lo tanto, en los contratos internacionales de agencia comercial “intracomunitarios”, la ley objetivamente aplicable va a ser, necesariamente, la ley de un Estado miembro de la Unión Europea, la cual, por lo tanto, va a respetar el nivel de protección mínimo conferido al agente comercial por la Directiva de agencia.

Es preciso aclarar que la cláusula de excepción, regulada por el apartado 3º del art. 4 del Reglamento “Roma I” para la generalidad de los contratos internacionales, cuya intervención es ya de por sí particularmente excepcional, va a intervenir muy poco en el marco de los contratos internacionales de agencia comercial. A mi juicio, la intervención de la referida cláusula de excepción únicamente tendría sentido, en materia de contratos internacionales de agencia comercial, en el hipotético supuesto en que coincidiesen en el mismo Estado el establecimiento profesional del principal y el lugar en el cual el agente comercial promueve los productos o servicios del principal (mercado afectado). Y esta circunstancia es muy difícil que se produzca en la práctica, ya que los fabricantes o exportadores recurren a esta figura contractual con el objeto de colocar sus productos o servicios en mercados ajenos a aquel en el cual están establecidos, con la intención de hacerse, de este modo, más competitivos. No obstante, en el hipotético supuesto en que se produjese tal coincidencia, tratándose de un contrato de agencia comercial “intracomunitario”, la ley aplicable, tras la intervención de la cláusula de excepción, sería necesariamente la ley de un Estado miembro de la Unión europea; por lo que la susodicha ley respetaría la regulación material imperativa europea de agencia comercial.

Y, por último, para que pueda resultar operativa la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito de los contratos internacionales de agencia comercial, es imprescindible que la ley elegida por las partes contractuales (agente comercial y principal) sea la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea, por ejemplo, la ley de agencia californiana. Si la ley elegida por las partes fuese la de un Estado miembro, por ejemplo, la ley de agencia alemana, no podría operar la referida cláusula general.

En el supuesto de conocer los Tribunales españoles de un litigio, derivado de un contrato internacional de agencia comercial, la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia resultaría aplicable, con independencia de cuál fuese la *lex contractus*, cuando se cumpliesen los presupuestos que acabamos de exponer y el supuesto contractual en cuestión quedase incluido dentro del ámbito de aplicación espacial de la Directiva de agencia. En suma, la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea únicamente resultará aplicable cuando nos encontremos ante un contrato internacional de agencia comercial “intracomunitario” y se cumplan los presupuestos que acabamos de señalar. El cumplimiento de dichos presupuestos va a ser lo habitual en los contratos de agencia comercial “intracomunitarios”, ya que el principal va a tender a hacer uso de su predominio negociador, para que no resulten aplicables las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia, por medio de la “elección unilateral” de la ley de un Estado tercero que no se base en el principio tuitivo y que, por consiguiente, no respete el nivel mínimo de protección del agente comercial impuesto por las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia.

Sin embargo, en los contratos internacionales de agencia comercial “extracomunitarios” no cabrá, en ningún caso, recurrir a la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea para alcanzar la ansiada conciliación entre las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” y las disposiciones materiales de carácter imperativo de la Directiva de agencia. Tienen la consideración de contratos internacionales de agencia comercial “extracomunitarios” aquellos contratos de agencia comercial que tienen,

³⁹ Un detenido análisis de la problemática relativa a la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial, tanto de los “intracomunitarios” como de los “extracomunitarios”, en el marco del Reglamento “Roma I”, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2011, pp. 24-46. En dicho trabajo estudio, tanto desde un enfoque *de lege lata* como *de lege ferenda*, el concreto alcance de la autonomía conflictual y la ley objetivamente aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial “intracomunitarios” (pp. 26-37) y “extracomunitarios” (pp. 37-40).

al menos, uno de sus elementos desvinculado del territorio de la Unión Europea, ya sea la residencia habitual o establecimiento profesional del agente comercial, el establecimiento profesional del principal y/o el mercado afectado, esto es, el mercado en el cual el agente comercial realiza su actividad profesional para el principal. Tal es el caso, por ejemplo, de un contrato de agencia comercial en el cual el agente comercial tenga su residencia habitual en Portugal, el principal tenga su establecimiento profesional en Canadá y el agente comercial se haya obligado a promocionar los productos del principal en el mercado español.

26. En los supuestos en los cuales no resulte operativa la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, el operador jurídico únicamente podrá recurrir a las “leyes de policía”, del ordenamiento jurídico del foro (en el supuesto de conocer un Tribunal español del litigio, de la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia), para alcanzar la referida conciliación o coordinación entre el Reglamento “Roma I” y la Directiva 86/653/CE. De este modo, el Tribunal español recurrirá, necesariamente, a las “leyes de policía” del ordenamiento jurídico del foro, con base en el apartado 2º del art. 9 del Reglamento “Roma I”, cuando se encuentre ante un contrato internacional de agencia comercial “extracomunitario” que contenga una cláusula de elección de ley a favor de la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea que no respete el nivel de protección mínimo fijado, a favor del agente comercial, por la Directiva de agencia de 1986.

Tal sería el caso, por ejemplo, cuando el mercado afectado sea el español y un agente comercial (domiciliado en Francia) presente una demanda, ante los Tribunales españoles, contra un principal (cuyo establecimiento profesional se halle en California), solicitando la indemnización a la que tiene derecho el agente comercial tras la ruptura unilateral del contrato de agencia comercial por causa no imputable al agente (la cual es objeto de regulación por los arts. 17-19 de la Directiva de agencia [los cuales constituyen el núcleo central de la misma]). Supongamos que el susodicho contrato internacional de agencia comercial (cuyo carácter es “extracomunitario”) contiene una cláusula de elección de ley a favor de la ley de un Estado tercero que no contemple la señalada indemnización a favor del agente comercial, como es el caso de la ley de agencia californiana. En tal supuesto, el Tribunal español aplicaría, con base en el art. 9.2 del Reglamento “Roma I” (que obliga a aplicar las “leyes de policía” del ordenamiento jurídico del foro [español]), el art. 28 de la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia, el cual lleva a cabo la transposición de los arts. 17-19 de la Directiva 86/653/CE; los cuales han de recibir aplicación (tal como hayan sido transpuestos por el ordenamiento jurídico del foro), con independencia de cuál sea la *lex contractus* (la ley californiana en el ejemplo que acabamos de exponer).

27. Al margen de lo señalado, es preciso poner de relieve que, con independencia de tratarse de un contrato internacional de agencia comercial “intracomunitario” o “extracomunitario”, todas las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia comercial (tanto las expresa como las implícitamente imperativas [evidentemente, no las que gozan de carácter dispositivo]⁴⁰) han de recibir aplicación, tal como hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico del foro, ya sea por la vía de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea del Reglamento “Roma I” (mecanismo prioritario de conciliación) o por el cauce de las “leyes de policía” del Reglamento (mecanismo subsidiario de conciliación); siempre y cuando, por un lado, la relación de agencia comercial internacional cumpla los presupuestos necesarios para su operatividad, por otro lado, la *lex contractus* no respete el nivel de protección mínimo fijado, a favor del agente comercial, por la Directiva 86/653/CE y, por último, el supuesto contractual de que se trate entre dentro de su ámbito de aplicación espacial. Ello está en sintonía con la dualidad de intereses (públicos y privados) latente en las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación (entre las que se encuentra la Directiva de agencia). Por lo tanto, es imprescindible analizar cuál es el ámbito de aplicación territorial de la Directiva de agencia.

28. Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, que es una de las Directivas “de mínimos” más veteranas en el sector contractual

⁴⁰ En relación con el carácter de las disposiciones de la Directiva de agencia comercial, *vid.*, H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2011, pp. 42-44.

y de las más controvertidas, presenta la peculiaridad de guardar absoluto silencio sobre su ámbito de aplicación espacial, lo cual ha planteado en la práctica una interesante y compleja problemática, en sede de Derecho aplicable, que ha sido, al menos parcialmente, resuelta por vía jurisprudencial y, más en concreto, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia no podemos olvidar que tiene carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea (incluido, pues, para los Tribunales españoles). La situación caótica creada por el silencio de la Directiva de agencia motivó que algunas legislaciones nacionales de agencia, de los Estados miembros de la Unión, delimitasen el ámbito de aplicación territorial de sus normas; lo cual generó una notable disparidad entre las referidas legislaciones y, por consiguiente, un elevado grado de inseguridad jurídica⁴¹. En concreto, algunas legislaciones nacionales de los Estados miembros (como es el caso, por ejemplo, de la legislación belga) han previsto una norma de delimitación del ámbito de aplicación territorial de sus disposiciones en las situaciones privadas internacionales, existiendo notables disparidades entre los criterios de delimitación espacial por ellas acogidos. En cualquier caso, dichas normas de delimitación, que adoptan los Estados miembros de la Unión en beneficio de su propio ordenamiento jurídico, quedan fuera del alcance del efecto del principio de primacía comunitario. No obstante, la mayor parte de las legislaciones nacionales de los Estados miembros han mantenido el silencio de su fuente de inspiración por lo que al ámbito de aplicación espacial de sus normas se refiere. Tal es el caso, por ejemplo, de la legislación italiana, de la francesa, así como de la española. De hecho, el art. 3 de la legislación española de agencia consagra la imperatividad de sus disposiciones salvo expresa previsión en contrario, pero tan sólo hace referencia a la imperatividad interna, esto es, a su indisponibilidad por las partes en las situaciones privadas meramente internas.

Ambas actitudes de los legisladores nacionales de los Estados miembros conllevan la falta de uniformidad existente por lo que al ámbito de aplicación territorial del Derecho europeo de agencia se refiere, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provoca, especialmente en las relaciones de agencia comercial “extracomunitarias”. De este modo, el Derecho europeo derivado, relativo a esta materia, recibirá o no aplicación en función de cuál sea el órgano jurisdiccional que conozca del asunto en cuestión. Sin duda alguna, ello afecta negativamente a las transacciones comerciales internacionales realizadas en el seno del mercado interior y, consiguientemente, a su correcto funcionamiento.

29. El TJUE ha tratado de mitigar dicha situación caótica y poco uniforme, propiciada por la laguna de la Directiva de agencia, en su célebre y controvertida sentencia *Ingmar* de 9 de noviembre de 2000 (asunto C-381/98: *Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.*)⁴². Pese a reconocer las virtudes de dicha sentencia, en aras de alcanzar la ansiada seguridad jurídica de las operaciones comerciales desenvueltas en el seno del mercado interior a través de la intermediación de un agente,

⁴¹ Por lo que a esta cuestión se refiere, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 65-69.

⁴² Dicha sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios tanto en la doctrina patria como en la extranjera: *vid.*, por ejemplo, A. FONT I SEGURA, “Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar Gb Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*)”, *RDCE*, 2001, vol. 5, núm. 9, pp. 259-279; R. FREITAG / S. LEIBLE, „Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie - Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?“, *RIW*, 2001, vol. 47, pp. 287-295; E. JAYME, „Zum internationalen Geltungswillen der europäischen Regeln über den Handelsvertreterausgleich“, *IPRax*, 2001, núm. 3, pp. 190-191; R. MICHAELS / H.G. KAMANN, „Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts - ‚Amerikanisierung‘ des Gemeinschafts-IPR?“, *EWS*, 2001, vol. 12, núm. 7, pp. 301-311; A. STAUDINGER, „Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs- und Produkthaftungsrichtlinie“, *NJW*, 2001, vol. 54, 2.1, pp. 1974-1978; O. LANDO, „The territorial scope of application of the EU Directive on self-employed commercial agents“, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhaes Collaço*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 249-261; así como H.L.E. VERHAGEN, “The tension between party autonomy and European union law: some observations on *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc*”, *ICLQ*, 2002, vol. 51, pp. 135-154. La sentencia *Ingmar* no se pronunció, por no ser ello objeto de la cuestión prejudicial planteada, sobre si las disposiciones imperativas de la Directiva sobre los agentes comerciales independientes, en la forma en la que han sido transpuestas por las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE, eran susceptibles de tener cabida dentro del art. 7 del Convenio de Roma (relativo a las leyes de policía) cuando el supuesto litigioso en cuestión quedase incluido dentro del ámbito de aplicación espacial de la señalada Directiva. Un exhaustivo análisis de esta polémica sentencia, fallada por el TJUE en el asunto *Ingmar*, puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 67-80.

estimamos que es el legislador europeo, y no el TJUE, el que hubiese tenido que determinar, por medio de una norma de delimitación expresa, el concreto alcance espacial de las disposiciones imperativas de la referida Directiva europea.

La enorme repercusión que ha tenido dicha sentencia es debida a haber sido ésta la primera vez en que el TJUE se ha pronunciado en relación con la consideración y el alcance de las disposiciones imperativas de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes⁴³. Y, más en concreto, en la sentencia *Ingmar*, el TJUE ha tomado partido en relación con la problemática relativa a la consideración y al ámbito de aplicación espacial, en las relaciones de agencia “extracomunitarias”, de los arts. 17 a 19 de la referida Directiva. Dichos preceptos, que regulan la indemnización a la que tiene derecho el agente comercial con motivo de la finalización del contrato de agencia, constituyen el núcleo central de la misma y de las relaciones internas entre el principal y el agente comercial.

El TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada señalando que, en aras del objetivo perseguido por los arts. 17-19 de la Directiva (“proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior”), “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”. El TJUE añade que la función que desempeñan los arts. 17 y 18 de la Directiva exige que éstos “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, (...), aun cuando el empresario se halle establecido en un país tercero y el contrato se rija por la Ley de este país en virtud de una de sus cláusulas”. Ello ocurría en el caso de autos, en que el agente comercial, que ejercía su actividad profesional en el área comunitaria, estaba establecido en el Reino Unido y el principal en California, y se había pactado una cláusula de elección de ley a favor de la ley californiana.

El criterio de delimitación espacial acogido por el TJUE, el del mercado afectado (esto es, actuación del agente comercial para el principal en el mercado de la Unión Europea), fue propuesto por el abogado general (Philippe Léger), por medio de sus Conclusiones presentadas el 11 de mayo de 2000 en relación con el asunto *Ingmar*. Según el mismo, la “elección por las partes de una ley que no contemple la obligación de indemnización o que la relegue mediante el establecimiento de un régimen menos favorable reduciría la protección del agente. Al hacerlo, le colocaría en una situación desfavorable con respecto a sus competidores, a la vez que favorecería a su empresario con respecto a los demás empresarios”⁴⁴.

30. Por otro lado, aunque el TJUE sólo se refiera, en su sentencia de 9 de noviembre de 2000, a aquellos supuestos en los cuales las partes hayan hecho uso de su autonomía conflictual, los fines perseguidos por los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia justifican que los mismos también resulten aplicables, condicionado a que el agente ejerza su actividad profesional dentro de la Comunidad, en los supuestos en los cuales, en defecto de haber elegido las partes la ley rectora del correspondiente contrato internacional de agencia, el mismo se rija por la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea.

Al margen de lo señalado, la sentencia *Ingmar* parece admitir implícitamente que la consideración y el propugnado criterio de delimitación espacial de los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia es extensible, igualmente, a las restantes disposiciones imperativas de la misma, ya que de sus Funda-

⁴³ En relación con la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013 (asunto *Unamar*), *vid.*, por todos, H. AGUILAR GRIEDER, “La intervención de las ‘leyes de policía’ como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial: un nuevo paso en la comprensión del sistema”, *La Ley*, de 22 de enero de 2014, núm. 8234, pp. 1-9; así como M^a.A. CEBRIÁN SALVAT, “Agencia comercial, leyes de policía y Derecho internacional privado europeo”, *CDT*, 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 357-366. Dicha polémica sentencia prevé la eventual intervención de la normativa nacional de transposición, de la Directiva de agencia, como “leyes de policía” del ordenamiento jurídico del foro, en un supuesto en el cual la ley elegida, por las partes contractuales, es la ley de un Estado miembro de la Unión Europea que ha llevado a cabo, correctamente, la transposición de los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia y en el que la regulación contenida en la ley del foro sobrepasa el nivel de protección mínimo exigido por la mentada Directiva de 1986.

⁴⁴ *Vid.* el apartado 68 de dichas Conclusiones.

mentos Jurídicos se desprende, por un lado, que el criterio de delimitación espacial de los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia se deriva de sus objetivos y, por otro lado, que los intereses latentes detrás de los señalados preceptos subyacen detrás de las restantes disposiciones imperativas de la Directiva de agencia. En palabras del profesor A. BONOMI, el órgano jurisdiccional u operador jurídico, para identificar las normas materiales internacionalmente imperativas que no manifiesten expresamente dicho carácter, y para determinar su ámbito de aplicación espacial, ha de partir necesariamente del contenido y de los fines de la norma en cuestión. Según dicho autor, las normas internas, dictadas en ejecución de una Directiva europea, en aras de asegurar la plena realización de los principios del Derecho de la Unión Europea, deben gozar del carácter de normas de aplicación inmediata o necesaria, siempre que el objeto y la *ratio* de la Directiva en cuestión así lo justifique (como ocurre a título ejemplificativo, a su modo de ver, con la Directiva de 18 de diciembre de 1986); y ello con absoluta independencia de que la norma en cuestión (o incluso la propia ley nacional de transposición) contenga o no una disposición expresa en este sentido⁴⁵.

31. A mi juicio, desde una perspectiva *de lege ferenda*, el mecanismo más efectivo para alcanzar la ansiada coordinación, entre las normas de conflicto generales contenidas en el Reglamento “Roma I” y las disposiciones imperativas de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, es por medio de la consagración por parte de las instituciones europeas, con base en la posibilidad ofrecida por el art. 23 del Reglamento “Roma I”, de una norma de delimitación expresa que determine el concreto ámbito de aplicación espacial de la referida Directiva europea en los mismos términos que la sentencia *Ingmar*.

32. En mi opinión, lo señalado en este apartado, en relación con el contrato de agencia comercial internacional, es extrapolable, con ciertos matices, al resto de los contratos internacionales objeto de regulación por Directivas europeas sectoriales, ya que, como anteriormente pusimos de relieve, los objetivos (tanto públicos como privados) de las referidas Directivas coinciden⁴⁶.

⁴⁵ A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998, pp. 120-136, especialmente p. 125.

⁴⁶ *Vid.* el apartado I del presente trabajo.