

# GARRIGUES

## **“La ley aplicable a los contratos de agencia y distribución o por qué lo malo conocido no es siempre mejor que lo bueno por conocer”**

La exportación se consolida como uno de los motores de lo que, parece ser, una incipiente recuperación económica. Las empresas españolas apuestan cada vez más por vender sus bienes y servicios en el extranjero y los ingresos que obtienen en terceros países suponen un porcentaje progresivamente mayor en su facturación final.

En este proceso de penetración o consolidación en los mercados extranjeros, los contratos de distribución y de agencia aparecen como los dos mecanismos principales para instrumentar la necesaria relación de colaboración entre quién exporta y el empresario local que comercializa los productos o servicios (entendidos ambos empresarios como personas independientes, vinculadas por una relación estrictamente mercantil).

Aunque ambas figuras contractuales tienen similitudes (y, a menudo, zonas grises difíciles de discernir en la práctica) es importante empezar por diferenciarlas dado el distinto margen de autonomía de qué disponen las partes a la hora de elegir la ley aplicable en uno u otro caso, especialmente dentro del ámbito de la Unión Europea (“UE”).

Así, en el contrato de distribución, el distribuidor compra el producto al fabricante o mayorista (“principal”) para después revenderlo a un tercero (ya sea este minorista o consumidor final). Es decir, la relación implica una compraventa entre el principal y su distribuidor en virtud de la cual el distribuidor adquiere la propiedad sobre los productos y el riesgo de su pérdida en un momento determinado.

En el contrato de agencia, por el contrario, el agente se obliga, a cambio de una remuneración que percibe del principal, a promover operaciones de comercio por cuenta de este, con la facultad (si así se ha pactado adicionalmente entre las partes ) de concluir contratos de venta con terceros en nombre del principal.

De este modo, mientras el distribuidor obtiene su remuneración vía margen (por la diferencia entre el precio de compra y el precio de reventa que aplica a sus clientes), el agente percibe la suya directamente del principal, ya sea a través de una cantidad fija o, como sucede en la mayoría de casos, de una comisión referenciada al volumen o valor de las operaciones por él promovidas o concluidas.

Pues bien, tanto en la distribución como en la agencia internacionales es esencial que el contrato establezca claramente cuál es la ley aplicable al mismo y que las partes conozcan de antemano tanto el margen de elección del que disponen como las posibles consecuencias de su elección. El movimiento reflejo de optar por la ley española en detrimento de la contraparte por ser la que mejor conocemos no es siempre una opción posible y, en algunos casos, aun siendo posible, puede no resultar la más conveniente para nuestros intereses como empresario principal.

Las reglas del juego que regulan la cuestión de la ley aplicable están establecidas, con carácter general, en el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y, en el caso específico de la agencia en el ámbito de la UE, en la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (“**Directiva 86/653/CEE**”), incorporada a los respectivos ordenamientos por la mayor parte de países de la UE, entre

los que se incluye España a través de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del régimen jurídico del contrato de agencia (“**Ley 12/1992**”).

A grandes trazos, podemos diferenciar los siguientes escenarios al abordar la cuestión de la ley aplicable:

- (i) Si se trata de una relación de agencia desarrollada en otro estado miembro de la UE, es muy probable que nos encontremos con que, por imperativo de la ley del país del domicilio del agente, el derecho aplicable al contrato sea el de ese país (con un elevado nivel de protección del agente derivado de la Directiva 86/653/CEE).
- (ii) Si, por el contrario, estamos ante una actividad de agencia que va a desarrollarse fuera del ámbito de la UE, la elección de la ley local *versus* la ley española puede ser una opción no sólo posible sino deseable. En este sentido, es importante tener en cuenta que la Ley 12/1992 limita notablemente la autonomía de las partes a la hora de pactar el contenido del contrato, dado que, salvo excepciones, sus preceptos no pueden ser derogados por voluntad de las partes. Además, la Ley 12/1992 (al beber de la fuente de la Directiva 86/653/CEE) es especialmente protectora de la posición del agente (a quien prejuzga la parte más débil de la relación), lo que se traduce en, entre otras consecuencias no menores, la necesidad de pagar al agente una indemnización por clientela (“*goodwill*”) a la extinción del contrato siempre que concurren determinadas circunstancias.
- (iii) En el contrato de distribución, la libertad de las partes a la hora de elegir la ley y jurisdicción aplicables es notablemente mayor, tanto dentro como fuera del ámbito de la UE, pudiendo decirse que, con carácter general, el único límite es que exista un mínimo punto de conexión del negocio con la ley elegida (ya sea esta la del domicilio del principal, la del domicilio del distribuidor o la de un país tercero).

En ambos casos (agencia y distribución), debemos tener presente que la elección de una ley distinta a la del domicilio del agente o del distribuidor (cuando ello sea posible) no impedirá la aplicación de aquellas normas de carácter imperativo del país donde se desarrolle la actividad de comercialización (como, por ejemplo, Derecho de Protección de los Consumidores o Derecho de la Competencia), normas que las partes habrán de cumplir en todo caso.

En definitiva, aunque la cláusula de la ley aplicable tienda a figurar ordinalmente entre las últimas del contrato de distribución y/o agencia, conviene dedicarle un lugar prominente en el proceso negociador y de redacción del contrato y analizar detenidamente, con asesoramiento de los abogados locales, los pros y contras de elegir una u otra ley en cada caso concreto. Así, en el supuesto de relaciones de agencia con agentes de países ubicados fuera de la UE, optar por la ley del país del agente en lugar de por la ley española puede traducirse en menores costes de resolución del contrato para el principal y en un mayor margen de negociación para ambas partes.