

Representación indirecta y *Undisclosed agency*: su convergencia (la *Convention on agency in the international sale of goods* y los *Principles of European Contract Law*)*

BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI
Universidad de Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Undisclosed agency* y representación indirecta.—III. *Convention on Agency in the International Sale of Goods* (Ginebra, 17 febrero 1983): A) Clasificación de los supuestos: 1. El conocimiento por el tercero; 2. Momento del conocimiento o desconocimiento por el tercero; 3. Carga de la prueba; B) Efectos: 1. Supuesto I. *Disclosed agency*; 2. Supuestos II y III: la aproximación entre el *Common Law* y el *Civil Law*: a) La reticencia del Reino Unido a la aproximación; b) Requisitos para el ejercicio de la acción directa: Incumplimiento del agente: i) *Incumplimiento frente al principal*; ii) *Incumplimiento frente al tercero*; c) Dinámica de la acción directa: i) *Obligación de desvelar la identidad*; ii) *Obligación de notificar*; iii) *Excepciones oponibles*; d) Excepciones a la acción directa: i) *Falta de voluntad del tercero de contratar con el principal*; ii) *Acuerdo en contra de la aplicación*.—IV. *La representación indirecta en los Principles of European Contract Law*: A) Sistema de clasificación; B) Efectos de la representación indirecta: 1. Supuestos de efectos directos; 2. Dinámica de la acción; 3. Excepciones oponibles; 4. Excepciones a la acción directa.—V. *Conclusiones*.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha hablado de una diferencia entre los sistemas de *Common Law* y los de Derecho continental a la hora de esta-

* Este trabajo se inserta en el marco del Proyecto de investigación BJU 2002-02356 [Hacia la unificación del Derecho de obligaciones] subvencionado por el Ministerio de

blecer los efectos de la actuación del representante en determinados supuestos. En concreto, se suelen contraponer la teoría de la *undisclosed agency*, propia de los sistemas del *Common law*, y la de la representación indirecta, propia de los sistemas continentales.

Esta división se ha intentado superar en los *Principles of European Contract Law* (PECL); la regulación de los supuestos que los PECL agrupan bajo la denominación de «representación indirecta» puede considerarse, en efecto, una síntesis del régimen propio de los sistemas continentales, por una parte, y del existente en los sistemas de *Common Law*, por otra.

Dicha aproximación tiene como antecedente la *Convention on agency in the international sale of goods*, (Ginebra, 17 de febrero de 1983)¹ que ya intentó en su momento acercar los principios de la representación indirecta y los de la *undisclosed agency* en el ámbito concreto de la compraventa internacional de mercaderías. Por esta razón, aunque hayan sido escasas las ratificaciones que ha recibido dicha Convención², parece importante el estudio de algunas de sus disposiciones, a través del debate que se originó en torno a las mismas antes de su aprobación definitiva.

La finalidad del presente trabajo consiste en determinar, mediante el análisis de las propuestas y observaciones de los representantes de los distintos países participantes en la Conferencia, de qué modo se llevó a cabo la aproximación entre los sistemas continentales y el *Common Law* en este punto concreto.

Así, tras una breve alusión a las diferencias más significativas entre el régimen de la representación indirecta y el de la *undisclosed agency*, centraremos la atención en el debate que tuvo lugar en torno a los preceptos de la CAISG que regulan el objeto de nuestro estudio, poniendo de relieve algunas de las propuestas más significativas, señalando las posturas de los distintos países en relación con las mismas, así como las razones que llevaron a introducirlas o no, según los casos, en el texto final.

Por último, haremos referencia a los PECL teniendo en cuenta el anterior estudio; de lo que se trata es, por tanto, de determinar qué cuestiones de las que surgieron en el debate de elaboración de la CAISG han sido abordadas en los PECL y si la solución adoptada en ellos se asemeja o difiere de la que finalmente quedó reflejada en la CAISG.

Ciencia y Tecnología (Dirección General de Investigación) y fue presentado en las Jornades de Dret Català celebradas en Tossa de Mar los días 26 y 27 de septiembre de 2002.

¹ A partir de ahora nos referiremos a ella como CAISG.

² En concreto ha sido ratificada por Italia (16 de junio de 1986) y por Francia (7 de agosto de 1987), lo cual implica que, al no haber sido alcanzado el número necesario de ratificaciones (10), todavía no está en vigor.

II. UNDISCLOSED AGENCY Y REPRESENTACIÓN INDIRECTA

Tal y como ponen de relieve Zweigert y Kötz³, los sistemas continentales distinguen entre representación directa e indirecta: la diferencia fundamental existente entre ellas estriba en que, si bien en ambos casos el representante actúa por cuenta ajena, en la representación directa celebra el contrato con el tercero también en nombre ajeno, mientras que en la indirecta la actuación se lleva a cabo en nombre propio. El *Common law*, sin embargo, no toma en cuenta la dicotomía «actuación en nombre propio vs. actuación en nombre ajeno»⁴. Ahora bien, lleva a cabo una clasificación tomando como punto de referencia si el tercero conoce o desconoce que el agente actúa como tal: en concreto se habla de *disclosed* y *undisclosed principal* o *disclosed* y *undisclosed agency*⁵.

La diferencia entre el *Common Law* y el Derecho Continental en este ámbito no estriba sólo en el distinto parámetro de clasificación de los supuestos de representación o *agency*, sino también en el establecimiento de los efectos de la actuación del representante o *agent*.

Así, en los sistemas continentales en los casos de actuación del representante en nombre propio es este último quien adquiere los derechos y obligaciones derivados del contrato celebrado con el tercero⁶. En los supuestos de representación indirecta, por tanto, el representado carece de acción directa contra el tercero y viceversa.

³ ZWEIFERT, K. y KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 1998, p. 433.

⁴ A propósito del desconocimiento de la dicotomía «representación directa e indirecta» y el *Common Law*, se ha dicho que «The dichotomy between direct and indirect representation is unlikely to be attractive to Common Law systems, which tend to reach the result of direct representation with more facility than the civil law», BOWSTEAD, W. y REYNOLDS, F.M.B.: *Bowstead & Reynolds on Agency*, 1996, p. 11. ZWEIFERT y KÖTZ, observan que dicha unidad responde a una perspectiva económica del fenómeno de la representación; afirman en concreto que «in economic reality acting in one's own name and acting in the name of another are really very much the same; this is more fully realized in the Common Law, with its wider conception of agency, than in the Continental Systems», ZWEIFERT, K. y KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 1998, p. 434.

⁵ Afirman en este sentido ZWEIFERT y KÖTZ que «it makes a difference whether or not the third party could tell that he was contracting with a principal», ZWEIFERT, K., y KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 1998, p. 433. Entre la doctrina inglesa reciente cabe destacar las siguientes definiciones de *undisclosed principal*: «An undisclosed principal is one of whose existence the third party is unaware at the time of the contract», TREITEL, G.H., *The law of contract*, 1999, p. 672. MARKESINIS, B.L., y MUNDAY, R.J.C. por su parte, se refieren a este supuesto como aquel «where the third party contracts with the agent unaware that the latter is contracting as agent», MARKESINIS, B.L. y MUNDAY, R.J.C., *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 153.

⁶ ZWEIFERT, K., y KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 1998, p. 434.

Para el *Common Law*, sin embargo, es indiferente que el agente actúe en nombre propio o ajeno a la hora de establecer efectos directos entre el tercero y el principal⁷. Es más, tanto en los casos de *disclosed agency* como en los de *undisclosed agency* el principal puede demandar al tercero y viceversa en relación con el contrato celebrado por el agente⁸. Naturalmente en los casos de *undisclosed agency* el tercero demandará al principal una vez que haya descubierto su existencia. Aunque en una primera aproximación pudiera parecer que el régimen aplicable a los casos de *undisclosed agency* y el aplicable a los de *disclosed agency* es el mismo, un estudio más detallado pone de relieve que el funcionamiento de la acción directa en los dos supuestos no es idéntico. Aunque en la investigación que estamos actualmente desarrollando este aspecto es tratado ampliamente, las limitaciones de este trabajo nos obligan a centrarnos en el dato de la posibilidad de acción directa entre tercero y principal, sin entrar en el funcionamiento concreto de la misma en cada uno de los supuestos.

III. *CONVENTION ON AGENCY IN THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (GINEBRA, 17 FEBRERO 1983)*

El capítulo III de la CAISG se ocupa de los efectos de la actuación del agente («*Legal effects of acts carried out by the agent*»). La importancia de dicho capítulo ha sido puesta de relieve por los propios intervinientes en la elaboración de la Convención; a título de ejemplo Bonell, J. M.⁹ lo califica como la parte más original e importante de toda la Convención. En el *Explanatory Report* podemos también leer que se trata de «the most original part of the draft Convention»¹⁰.

En el *Explanatory Report*¹¹ se pone igualmente de relieve el intento de aproximación entre los sistemas de *Common Law* y los

⁷ Afirman a este propósito ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H., «English lawyers are not familiar with the distinction drawn on the Continent between acting “in one’s own name” and acting “in the name of another”, and they cannot see why it’s only in the latter case that the principal acquires rights and liabilities», ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 1998, p. 433.

⁸ Véase para más detalle TREITEL, G.H., *The law of contract*, 1999, pp. 672 a 677.

⁹ BONELL, J. M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 733.

¹⁰ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 32.

¹¹ En concreto podemos leer: «It [la CAISG] represents a serious attempt to bridge the gap between the Common Law and Civil law Systems», «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 32.

de Derecho continental al que nos referíamos al comienzo y que se encuentra plasmado en concreto en los siguientes preceptos:

Artículo 12: «Where an agent acts on behalf of a principal within the scope of his authority and the third party knew or ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall directly bind the principal and the third party to each other, unless it follows from the circumstances of the case, for example, by a reference to a contract of commission, that the agent undertakes to bind himself only.»

Artículo 13: «1. Where the agent acts on behalf of a principal within the scope of his authority, his acts shall bind only the agent and the third party if:

- a) the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent, or
- b) it follows from the circumstances of the case, for example by a reference to a contract of commission, that the agent undertakes to bind himself only.

2. Nevertheless:

- a) where the agent, whether by reason of the third party's failure of performance or for any other reason, fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the principal, the principal may exercise against the third party the rights acquired on the principal's behalf by the agent, subject to any defences which the third party may set up against the agent;

- b) where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the third party, the third party may exercise against the principal the rights which the third party has against the agent, subject to any defences which the agent may set up against the third party and which the principal may set up against the agent.

3. The rights under paragraph 2 may be exercised only if notice of intention to exercise them is given to the agent and the third party or principal, as the case may be. As soon as the third party or principal has received such notice, he may no longer free himself from his obligations by dealing with the agent.

4. Where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the third party because of the principal's failure of performance, the agent shall communicate the name of the principal to the third party.

5. Where the third party fails to fulfil his obligations under the contract to the agent, the agent shall communicate the name of the third party to the principal.

6. The principal may not exercise against the third party the rights acquired on his behalf by the agent if it appears from the circumstances of the case that the third party, had he known the principal's identity, would not have entered into the contract.

7. An agent may, in accordance with the express or implied instructions of the principal, agree with the third party to derogate from or vary the effect of paragraph 2».

A continuación intentaremos sistematizar las disposiciones contenidas en dichos preceptos deteniéndonos especialmente en los puntos que fueron objeto de discusión durante su elaboración.

A) CLASIFICACIÓN DE LOS SUPUESTOS

El objetivo del presente apartado consiste en determinar el sistema de clasificación de supuestos seguido por la CAISG para regular los efectos de la actuación del agente; la cuestión no carece de importancia puesto que, tal y como ya hemos tenido ocasión de poner de relieve, los sistemas continentales distinguen entre actuación en nombre ajeno y actuación en nombre propio, mientras que el *Common Law* establece como elemento diferenciador el conocimiento o desconocimiento por parte del tercero de la condición de agente.

1. El conocimiento por el tercero

El supuesto básico al que se refieren los artículos 12 y 13 CAISG es aquel en el que el agente actúa por cuenta del principal y dentro de los límites de la *authority* que éste le ha otorgado. A partir de ahí los preceptos citados distinguen los siguientes casos:

1. En primer lugar, aquel en el que el tercero sabía o no podía desconocer que el agente actúa como tal (art.12).
2. En segundo lugar, aquel en el que el tercero no sabía ni podía saber que el agente actúa como tal. [art.13.1.a)].
3. En tercer y último lugar, aquel en el que, si bien el tercero sabía o no podía desconocer la condición del agente, a partir de las circunstancias del caso se deriva que el agente se obliga¹² a vincularse con el tercero. La propia CAISG cita como ejemplo de este tercer supuesto el caso del comisionista [arts. 12, *in fine* y 13.1.b)].

Obsérvese que en la CAISG no se utiliza ninguna de las terminologías propias de los sistemas continentales o del *Common Law*: representación directa/indirecta y *disclosed/undisclosed agency* respectivamente. Ahora bien, en una primera aproximación puede entenderse que la clasificación adoptada por la CAISG es similar a

¹² En este punto concreto existe una diferente terminología en la versión francesa y en la inglesa; mientras que en la primera se utiliza el verbo *entendu*, en la inglesa el término empleado es *undertakes*; hubo propuestas de modificar la versión inglesa por el verbo *intends* pero se prefirió el señalado por ser más objetivo. «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 33.

la de los sistemas de *Common Law*. Obsérvese, de hecho, que, en principio, no se toma en consideración como elemento diferenciador de los supuestos el que el agente actúe en nombre propio o en nombre del principal; por el contrario, el dato fundamental que los distingue es que el tercero conozca o desconozca que el agente actúa como tal¹³.

No puede afirmarse, sin embargo, que en la CAISG se ignore totalmente la clasificación propia de los sistemas continentales. Nótese que el artículo 13.1.b) aporta como ejemplo del caso que contempla (el agente se obliga a vincularse con el tercero) el contrato de comisión. Pues bien, puede afirmarse que el sentido en el que se utiliza el término «comisionista» en la CAISG es, precisamente, el del agente que actúa en nombre propio. Así se deriva a partir del «Explanatory Report»¹⁴; en él se afirma que el sentido que debe otorgarse al contrato de comisión es el mismo que recibe en los sistemas de Derecho continental. Precisamente en las consideraciones generales del propio «Explanatory Report»¹⁵ se califica de *commission agents* a los agentes que actúan en nombre propio.

Retomando, pues, la cuestión planteada al comienzo, puede afirmarse que la CAISG, aunque aparentemente adopta la sistematización de supuestos seguida por el *Common Law*, de manera implícita toma igualmente en consideración la dicotomía actuación en «nombre propio vs. actuación en nombre ajeno»¹⁶.

2. Momento del conocimiento o desconocimiento por el tercero

La cuestión principal que se planteó en las discusiones relativas al artículo 12 se refería al momento que debe tomarse en consideración para establecer que el tercero conoce o desconoce la condición de agente¹⁷.

¹³ Entre las observaciones que realizaron los distintos países al texto elaborado por el Comité de expertos («Observations and proposals by governments and international organisations on the draft convention and on the draft final provision», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 62 ss.), cabe destacar a este propósito la realizada por *People's Republics of Congo* (pp. 84 y 85) que proponía incluir la obligación del agente de desvelar su condición al tercero. La propuesta no dio lugar a debate alguno, puesto que en el momento en que debía discutirse, el representante del país que la había defendido no se encontraba presente, tal y como nos sugieren las palabras de WIDMER (Presidente), («10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 307).

¹⁴ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 17.

¹⁵ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 16.

¹⁶ Añádase a ello la literalidad del artículo 1.4 en virtud del cual «It applies irrespective of whether the agent acts in his own name or in that of the principal».

¹⁷ «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 304 a 308 y «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 315 y 316.

En el texto elaborado por el Comité de expertos presentado a discusión en la Conferencia¹⁸, dicha cuestión se encontraba expresamente resuelta en la regulación del segundo de los supuestos citados [art. 15.1.a), antecedente del actual art. 13.1.a)]¹⁹; en virtud de dicha regulación, el tercero *desconoce* la condición de agente en el momento de la celebración del contrato²⁰. Dicha referencia temporal, sin embargo, no existía en la regulación del primer supuesto (art.13, antecedente del art.12); no se establecía, por tanto, qué momento hay que tomar en consideración para determinar que el tercero *conoce* la condición de agente.

La evidente falta de armonía existente entre ambos preceptos fue solucionada eliminando toda referencia temporal. A dicha decisión, sin embargo, se llegó tras un debate en el que resulta interesante detenernos.

Fue Gondra²¹ (España) quien llamó la atención sobre la falta de armonía existente entre el artículo 12 y el artículo 13 en la cuestión temporal; dicho autor proponía como solución insertar la referencia al momento de la celebración del contrato en ambos preceptos.

En un sentido similar se expresaba Swart²² (Holanda), quien proponía la modificación de ambos preceptos estableciendo que el lapso temporal a tomar en cuenta es «antes o en el momento de la celebración del contrato».

Las posturas que surgieron ante dichas propuestas fueron fundamentalmente dos; ambas respondían de manera opuesta a la cuestión que en el fondo subyacía: la coordinación entre el artículo 12 y el artículo 13. Mientras que para Bonell²³ (Italia) la coordinación debía resolverse a favor del artículo 13, y por tanto insertando la referencia al momento de la celebración del contrato también en el artículo 12, para Farnsworth²⁴ (EE.UU.), debía eliminarse toda referencia temporal adaptando, por tanto, el artículo 13 al artículo 12.

Fueron diversos los argumentos esgrimidos a favor de la segunda de las posturas citadas, que finalmente fue la adoptada.

¹⁸ «Text established by a UNIDROIT Committee of Governmental Experts which met in Rome from 2 to 13 November 1981», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 7 a 9.

¹⁹ En la versión elaborada por el Comité de expertos el texto de los actuales artículos 12 y 13 se encontraba en los artículos 13 y 15 respectivamente, por lo que durante los debates la numeración que se sigue no es la actual. Sin embargo, con el objeto de facilitar la lectura del trabajo, utilizaremos la numeración que finalmente se adoptó.

²⁰ Disponía en concreto el precepto citado: «[...] at the time of contracting the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent», «Text established by a UNIDROIT Committee of Governmental Experts which met in Rome from 2 to 13 November 1981», en *ULR*, 1983, I-II, p. 8.

²¹ GONDRA, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 304.

²² SWART, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 305.

²³ En este sentido BONELL (Italia), «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 305.

²⁴ FARNSWORTH, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 305 y 307.

Así, se adujo que la exigencia de que el conocimiento o desconocimiento por parte del tercero tuviese lugar en un determinado momento implicaba una excesiva precisión²⁵. En este sentido Gognlien²⁶ (Noruega) observaba que las distintas circunstancias que pueden darse en cada caso concreto aconsejan no especificar demasiado.

Widmer²⁷ (Presidente del Comité), se pronunciaba en contra de la propuesta y a favor de la eliminación de toda referencia temporal, al considerar que ésta no era necesaria, puesto que se encuentra implícita en la propia CAISG. Apelaba en concreto al artículo 1.2 CAISG, referido al ámbito de aplicación de la misma y en virtud del cual «it governs not only the conclusion of such a contract by the agent but also any act undertaken by him for the purpose of concluding that contract or in relation to its performance». En un sentido similar se expresaba Farnsworth²⁸ (EE.UU.).

Por último, es importante destacar la intervención de Evans²⁹ (Secretario General de la Conferencia), quien afirmó que el artículo 13.1.a), por tanto el segundo supuesto, se refiere al caso en el que el tercero descubre la existencia del principal tras la celebración del contrato. Así mismo de sus palabras³⁰ puede derivarse que la referencia al momento de la celebración del contrato oscurecía la intención de dicho precepto.

3. Carga de la prueba

Una de las cuestiones que se sometió a debate fue el problema de la carga de la prueba. Para Japón³¹, la CAISG no clarificaba suficientemente a quién corresponde probar que el tercero conoce o desconoce la existencia del principal. Dicha observación, sin embargo, no recibió gran atención en las discusiones puesto que, tal y como señaló Farnsworth, en su condición de Presidente del *Drafting Committee*³², las cuestiones relacionadas con la carga de la prueba no entran dentro del ámbito de la CAISG.

²⁵ En este sentido FARNSWORTH (EE.UU.), «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 306 y 307, VAN RENSBERG (Sudáfrica), «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 305, ALBARJAY (Irak), «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 306.

²⁶ ROGNLIEN, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 306.

²⁷ WIDMER, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 305.

²⁸ FARNSWORTH, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 307.

²⁹ EVANS, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 307.

³⁰ Afirmaba en concreto lo siguiente: «Unfortunately, article 15 as drafted did not bring that out too early», EVANS, «10th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 307.

³¹ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 85 a 87.

³² Afirmó en concreto que «the intention of the drafters not to take up any position about the burden of proof remained unchanged», «18th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 408.

B) EFECTOS

El objeto central de los artículos 12 y 13 CAISG está constituido por la determinación de los sujetos que pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa celebrado por el agente por cuenta del principal y dentro de los límites de la *authority* que éste le concedió. La cuestión que nos planteamos a continuación consiste en establecer en qué casos la CAISG concede acción directa al principal contra el tercero y viceversa.

A este propósito es preciso distinguir entre el primer supuesto, por una parte, y el segundo y el tercero, por otra. En efecto, cuando el tercero conozca o tenga que conocer que el agente actúa como tal, la vinculación se produce entre principal y tercero; sin embargo, tanto cuando el tercero desconozca o no pueda conocer la condición de agente, como cuando, a partir de las circunstancias del caso, se deriva que el agente se obliga a vincularse personalmente, la regla general es que no existe acción directa entre principal y tercero. La CAISG, sin embargo, somete dicha regla general a algunas excepciones.

La importancia de las reglas expuestas, así como las numerosas cuestiones que suscitan, aconsejan el análisis separado de cada una de ellas.

1. Supuesto I. *Disclosed agency*

Uno de los principios básicos de la CAISG que encontramos enumerados en el *Explanatory Report*³³, es que para que se produzca la vinculación entre principal y tercero no es esencial que la actuación del agente se lleve a cabo en nombre ajeno. Para Bonell³⁴, la CAISG sigue en este punto los principios de la *disclosed agency*, propios del *Common Law*, alejándose considerablemente de la perspectiva continental.

El análisis detallado del régimen aplicable a los restantes dos supuestos obliga, sin embargo, a matizar dicha conclusión puesto que, tal y como ya hemos tenido ocasión de apuntar, a través del tercer supuesto la CAISG otorga importancia al hecho de que el agente actúe en nombre propio. Parece, pues, adecuado, centrar

³³ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 17. Este mismo principio se reitera al analizar el antecedente del artículo 12, p. 32.

³⁴ BONELL, J. M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 734.

nuestra atención en los efectos aplicables a los dos restantes supuestos, no sólo por la razón citada, sino también porque el debate en torno a la regulación de los efectos en la CAISG se originó al someter a discusión precisamente el precepto regulador de dichos supuestos, al que el «Explanatory Report» se refiere como «[...] perhaps the single most important article of the draft Convention»³⁵.

2. Supuestos II y III: la aproximación entre el *Common Law* y el *Civil Law*

En el artículo 13 CAISG se regulan los efectos de la actuación del agente en los supuestos no incluidos en el artículo 12, es decir, cuando el tercero no conoce ni puede conocer la condición de agente y cuando, aun conociéndolo, el agente se obliga a vincularse.

A modo de síntesis puede afirmarse que la CAISG ofrece en este punto una regla general y una excepción: la regla general es que la vinculación se produce única y exclusivamente entre agente y tercero. La excepción es que, en determinados supuestos, puede llegar a establecerse una acción directa entre principal y tercero.

Antes de entrar en el análisis detallado de la excepción y de su funcionamiento, conviene detener nuestra atención en su significado y en el debate que se originó en torno a lo que puede calificarse de verdadero intento de aproximación entre el *Common Law* y los sistemas de Derecho continental.

a) LA RETICENCIA DEL REINO UNIDO A LA APROXIMACIÓN

Puede afirmarse que el artículo 13 representa una verdadera síntesis entre el *Common Law* y el *Civil Law*. Nótese, en efecto, que, tal y como hemos tenido ocasión de señalar, el segundo y el tercer supuesto parecen corresponder a los casos de *undisclosed agency* y representación indirecta respectivamente. Pues bien, la CAISG no adopta ninguna de las soluciones que el *Common Law* y los Derechos continentales ofrecen³⁶; la aplicación de los principios de la

³⁵ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 17. Este mismo principio se reitera al analizar el antecedente del artículo 12, p. 34.

³⁶ En el mismo sentido se expresa BONELL quien observa que, aunque a primera vista pueda parecer que la CAISG se aproxima en este punto más al *Common Law*, el análisis detenido muestra que dicha afirmación no es cierta, BONELL, J. M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 736.

undisclosed agency implicaría haber otorgado acción directa entre tercero y principal en cualquier caso, mientras que la CAISG sólo en determinados supuestos lo permite; por el contrario, en virtud de los principios de la representación indirecta nunca es posible dicha vinculación.

Son significativas a este propósito las palabras que encontramos en el «Explanatory Report» en relación con las reglas de la CAISG que estamos analizando: «the solution adopted by the draft is situated half way between the two positions»³⁷.

Llama la atención que precisamente el Reino Unido intentase, mediante una propuesta de nueva redacción, eliminar la síntesis lograda por la CAISG. En virtud de dicha propuesta en los supuestos de desconocimiento por parte del tercero de la condición de agente (supuesto II) debe permitirse la acción directa en cualquier caso, mientras que en los supuestos de contrato de comisión (supuesto III) la acción directa entre tercero y principal no debe ser posible en ningún caso³⁸.

Karsten³⁹ (Reino Unido), al defender la propuesta de su país, calificó la síntesis entre el *Common Law* y el *Civil Law* en este punto de innecesaria, aduciendo que las reglas existentes aplicables a estos supuestos gozan de suficiente aceptación.

La reacción de los países intervinientes en el debate fue claramente contraria a la posición mantenida por el Reino Unido. En las palabras de los distintos representantes se refleja claramente el espíritu de aproximación que inspiraba a la CAISG, espíritu que compartían la mayoría de los países intervinientes; en efecto, el argumento esgrimido por los distintos representantes en contra de

³⁷ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 17. Este mismo principio se reitera al analizar el antecedente del artículo 12, p. 35.

³⁸ La propuesta, que no alteraba el artículo 13.1, modificaba, sin embargo, el apartado 2 de dicho precepto estableciendo lo siguiente: «Nevertheless, in cases not falling with paragraph (1) (b) of this article [en el que se contempla los casos asimilables a la comisión]:

a) the principal may exercise the rights acquired on his behalf by the agent against the third party, subject to any defences which the third may have against the agent, provided that he has first given notice to the agent and the third party of his intention to do so;

b) the third party may exercise against the principal [once he has discovered the principal's identity] the rights which he has against the agent, subject to any defences which the agent may have against the third party, provided that he has first given notice to the agent and principal of his intention to do so [...].».

Es importante señalar que en los comentarios que el Reino Unido unía a su propuesta, observaba que en los casos del comisionista no debe permitirse la acción directa puesto que ello contradice los términos del contrato; precisamente la contradicción con los términos del contrato constituye una de las excepciones a la teoría del *undisclosed principal*. La posible relación entre actuación en nombre propio y contradicción con los términos del contrato es un tema que está siendo objeto de la investigación que estamos realizando.

³⁹ KARSTEN, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 317.

la propuesta del Reino Unido estaba constituido por la necesidad de aproximación entre el *Common Law* y el Derecho continental.

Así, Bonell (Italia) sostenía que aceptar la propuesta del Reino Unido suponía una petrificación de las divisiones existentes entre el *Common Law* y el *Civil Law*. Afirmaba igualmente que el artículo 13 «[...] was the result of many years of work on the part of legal experts, including Common Law experts»⁴⁰.

Widmer (Presidente del Comité), calificó de inaceptable la propuesta del Reino Unido puesto que implicaba una concesión recíproca entre el *Common Law* y el *Civil Law*: se permite la intervención en cualquier caso del *undisclosed principal*, a cambio de la prohibición de acción directa entre principal y tercero cuando nos encontremos ante un caso de comisión.

Swart⁴¹ (Holanda) defendía la necesidad de exigir el cumplimiento de determinados requisitos para permitir la intervención del *undisclosed principal*, postura que seguía Magnusson⁴² (Suecia) para quien, de no ser así, se perdería el espíritu de compromiso entre los sistemas legales buscado en la CAISG.

Hay que destacar que el objeto de la votación relacionada con la propuesta de Reino Unido fue únicamente si debía o no exigirse el cumplimiento de determinados requisitos para permitir al *undisclosed principal* demandar al tercero y viceversa⁴³. No se sometió a votación, sin embargo, el que no se admitiese la acción directa en ningún caso de comisión.

Por último, no queremos de dejar de señalar un dato de suma importancia. Obsérvese que, mientras que el Reino Unido defendía la aplicación estricta de los principios del *Common Law* relativos a la *undisclosed agency*, los países de Derecho continental, no aceptaron la propuesta de prohibir siempre la acción directa en los casos de comisión (propuesta que aplica estrictamente los principios de la representación indirecta). Ello no debe sorprender puesto que, tal y como apunta Bonell⁴⁴ y se recoge en el «Explanatory Report»⁴⁵, puede observarse una tendencia de algunos países del sistema continental a difuminar la línea divisoria existente entre representación

⁴⁰ BONELL, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 318.

⁴¹ SWART, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 318.

⁴² MAGNUSSON, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 319.

⁴³ Véase a este propósito la votación: «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 319.

⁴⁴ Afirma en concreto que «taken as a whole, one can however speak of a growing tendency to blur, at least for certain purposes, the sharp line drawn between direct and indirect representation», BONELL, J.M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 734.

⁴⁵ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 16.

directa e indirecta, a través de sus códigos y de la jurisprudencia, especialmente en el ámbito de compraventa de bienes muebles.

Afirma por ello Bonell⁴⁶ que la solución adoptada por la CAISG puede considerarse un desarrollo de la evolución que vienen experimentando los sistemas continentales, más que una solución absolutamente nueva.

b) REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA:
INCUMPLIMIENTO DEL AGENTE

En el «Explanatory Report»⁴⁷ se afirma que la acción directa en los supuestos II y III se otorga cuando así lo exigen los intereses en juego. La pregunta que surge inevitablemente es cuándo ha considerado la CAISG que dicha exigencia tiene lugar. La respuesta a la cuestión planteada la encontramos en los párrafos *a)* y *b)* del apartado 2.º del artículo 13: en virtud de lo dispuesto en ellos, es posible establecer la acción directa cuando el agente incumple o no está en posición de cumplir⁴⁸ frente al principal o frente al tercero⁴⁹. En el primer caso el principal puede exigir el cumplimiento de las obligaciones al tercero y, en el segundo caso, es el tercero quien puede demandar al principal.

No todos los intervinientes se mostraron de acuerdo con la elección de este requisito para el otorgamiento de efectos directos entre principal y tercero.

Así, Karsten⁵⁰ (Reino Unido) lo calificaba de muy incierto y criticaba la falta de claridad de las expresiones utilizadas en la CAISG, *fails to fulfil* e *is not in a position to fulfil*. Muchui⁵¹ (Kenia) proponía incluso la eliminación de la segunda de dichas expresiones. Nótese que dicha eliminación (que no se llevó a cabo) habría implicado una restricción de los casos en los que es posible la acción directa entre tercero y principal, puesto que las expresiones utilizadas se refieren a supuestos distintos.

⁴⁶ BONELL, J. M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 737.

⁴⁷ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 35.

⁴⁸ Nótese que la equiparación de la previsibilidad del incumplimiento con el incumplimiento en sentido estricto la encontramos recogida ya en el año 1980 en la *Convention on International Sale of Goods* (Viena 1980); véase a título de ejemplo el artículo 72.1 CISG en el que se establece que «Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto».

⁴⁹ Advertimos ya desde ahora que para evitar una carga excesiva en el texto escrito, la utilización del término *incumplimiento* se realizará en sentido amplio, es decir, incluyendo tanto el caso de incumplimiento en sentido estricto, como el de previsible incumplimiento.

⁵⁰ KARSTEN, «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 415.

⁵¹ MUCHUI, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 326.

En el «Explanatory Report»⁵² se establece que es requisito indispensable para la concesión de acción directa que la obligación del agente frente al principal o frente al tercero, según el caso, haya vencido. Obsérvese que si bien este requisito se cumple en relación con la interpretación que se realiza de la expresión *fails to fulfil*⁵³, no puede afirmarse lo mismo respecto de la expresión *is not in a position to fulfil* en la que cabe incluir diversos casos que podemos extraer a partir de las intervenciones de los representantes de algunos países.

Así, Bennett (Australia)⁵⁴ observaba que dicha expresión cubre los casos en los que, aun cuando el vencimiento de la obligación todavía no se ha producido, resulta notorio que el agente no va a cumplir.

Por su parte, Van Rensburg⁵⁵ (Suráfrica), propuso en varias de sus intervenciones la sustitución de la expresión *is not in a position to fulfil* por *will not in a position to fulfil*; para Van Rensburg, de hecho, el caso al que se refiere dicha expresión es el de insolvencia o quiebra del agente. El tercero, continuaba dicho representante, no entrega el precio o el bien, según el caso, al agente puesto que sabe que lo entregado no va a llegar al principal.

Bonell⁵⁶ (Italia) consideraba que en el caso del incumplimiento del agente frente al tercero, la expresión *is not in a position to fulfil* alude al supuesto en el que el agente no puede cumplir frente al tercero porque el principal no le ha entregado el bien o los bienes al agente.

Por último, en los comentarios que Holanda⁵⁷ acompaña a una de sus propuestas, afirmaba que la expresión que venimos analizando se refiere al caso en el que el agente no tiene voluntad o es incapaz de cumplir.

Advertimos ya desde ahora que, tal y como tendremos ocasión de comprobar más adelante, los PECL regulan de manera similar, aunque no idéntica, los requisitos para la existencia de efectos directos entre tercero y principal en los casos que los propios PECL agrupan bajo la denominación «representación indirecta».

⁵² «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 36.

⁵³ En este sentido se expresaba también BENNETT (Australia), «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 416.

⁵⁴ BENNETT, «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 416.

⁵⁵ VAN RENSBURG, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 321, «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 414.

⁵⁶ BONELL, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 326.

⁵⁷ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 94.

i) Incumplimiento frente al principal

Obsérvese que en el artículo 13.2 a) se señala expresamente como posible causa del incumplimiento del agente frente al principal, el incumplimiento del tercero frente al agente. Debe advertirse que en el texto presentado a debate por el Comité de expertos que elaboró el borrador de la Convención, no existía dicha referencia⁵⁸; fue Australia⁵⁹ el país que impulsó su introducción. Bennett⁶⁰ (Australia) explicó que los tribunales de su país difícilmente iban a considerar incumplimiento del agente el que, en realidad, es incumplimiento del tercero; por ello, continuaba Bennett, en este tipo de casos la acción del principal contra el tercero no iba a poder basarse en la CAISG, salvo que se introdujese la referencia expresa al incumplimiento del tercero.

Únicamente Mouly⁶¹ (Francia) se mostró en desacuerdo con la propuesta de Australia, considerándola una complicación innecesaria.

Los demás países⁶² aceptaron la referencia explícita al incumplimiento del tercero como causa del incumplimiento del agente frente al principal, pero algunos de ellos proponían la introducción de algunas modificaciones.

Así, en primer lugar, cabe destacar la discusión relativa al mantenimiento o eliminación de la expresión *is not in a position to fulfil*, que la propuesta de Australia contenía⁶³. En efecto en ella se establecía «where the third party has not fulfilled or is not in a position to fulfil his obligations under the contract to the agent [...]». Para Swart⁶⁴ (Holanda) dicha expresión cubría casos en los que el tercero no cumple frente al agente porque éste es incapaz de cumplir o no quiere cumplir frente al principal. Farnsworth⁶⁵ (EE.UU.) compartía la observación de Swart. Por otra parte, para Jovanovic⁶⁶ (Yugoslavia), el principal sólo podría dirigirse al tercero cuando éste ni cumpliera ni estuviese en posición de cumplir; Swart⁶⁷ (Holanda) mostró su desacuerdo ante dicha propuesta

⁵⁸ Véase a este propósito «Text established by a UNIDROIT Committee of Governmental Experts which met in Rome from 2 to 13 November 1981», en *ULR*, 1983, I-II, p. 8.

⁵⁹ Véase «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 93.

⁶⁰ BENNETT, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 318.

⁶¹ MOULY, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 320.

⁶² Se mostraban de acuerdo sin añadir ningún tipo de observación Reino Unido y EE.UU., «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 321.

⁶³ Véase «Observations and proposals by governments and international organisations on the draft convention and on the draft final provisions», en *ULR*, 1983, I-II, p. 93.

⁶⁴ SWART, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 320.

⁶⁵ FARNSWORTH, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 321.

⁶⁶ JOVANOVIC, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 320.

⁶⁷ SWART, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 322.

puesto que, indicó, se trata de dos supuestos alternativos y no cumulativos. Finalmente la expresión *is not in a position to fulfil* fue eliminada⁶⁸.

En segundo lugar, Van Rensburg⁶⁹ (Suráfrica) observaba que la carga de la prueba de la imposibilidad de cumplir del tercero no puede corresponder al principal.

Dicha observación, sin embargo, no se discutió, probablemente porque, tal y como señalaba en otro lugar Farnsworth⁷⁰, en su calidad de Presidente de la *Draft Convention*, la CAISG no se ocupa de cuestiones de carga de la prueba.

ii) Incumplimiento frente al tercero

Lo primero que cabe destacar del debate que surgió en torno al artículo 13.2.b) es que no se propuso la referencia expresa a que la causa del incumplimiento del agente estribase en el incumplimiento del principal; ello llama la atención si tenemos en cuenta la propuesta de Australia a la que nos hemos referido en el apartado anterior. Ésta fue la observación de Gondra⁷¹ (España) quien proponía una mayor coordinación entre el párrafo a) y el b) del artículo 13.2. Tanto Bennett⁷² (Australia), como Muchui⁷³ (Kenia), se mostraron en desacuerdo con la propuesta de Gondra. A partir de la lectura del debate se deduce que para ambos países la introducción de la referencia expresa al incumplimiento del principal frente al agente implicaría introducir en la CAISG una cuestión relativa a las relaciones internas entre principal y agente, tema que excede del ámbito de aplicación de la CAISG⁷⁴.

No queremos dejar de señalar la propuesta de Checoslovaquia⁷⁵, puesto que implicaba una restricción significativa de los casos en los que el tercero pudiese dirigirse directamente contra el principal. En efecto, dicho país consideraba que debía constituir requisito necesario para permitir la acción directa, que el principal se hubiese beneficiado de la gestión realizada por el agente.

⁶⁸ «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 322.

⁶⁹ VAN RENSBURG, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 321.

⁷⁰ *Vid.* nota 32.

⁷¹ GONDRA, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 325.

⁷² BENNETT, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 325.

⁷³ MUCHUI, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 326.

⁷⁴ A este propósito el artículo 1.3 CAISG establece que «it is concerned only with relations between the principal or the agent on the one hand, and the third party, on the other».

⁷⁵ Véase «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 93.

Únicamente Riabikov⁷⁶ (Unión Soviética) se mostró de acuerdo con dicha propuesta. Los demás países que intervinieron se pronunciaron en contra; así, Swart⁷⁷ (Holanda) observaba que su aceptación implicaría otorgar una protección al principal a expensas del tercero. De hecho, tal y como observaba Widmer⁷⁸ (Presidente del Comité), la propuesta defendida por Cuker (Checoslovaquia) implica que cuando el agente celebra un contrato que no resulta ser beneficioso para el principal, se exime a éste de responsabilidad.

c) DINÁMICA DE LA ACCIÓN DIRECTA

Una vez analizados los requisitos exigidos por la CAISG para permitir la acción directa en los supuestos II y III, resulta necesario el estudio de las reglas de funcionamiento de dicha acción, reglas que deben tener en cuenta las circunstancias especiales de estos supuestos.

Dichas reglas, sistematizadas desde un punto de vista cronológico, son las siguientes: en primer lugar, la desvelación de la identidad del tercero al principal y viceversa, según el caso, por parte del agente (art. 13.4 y 5); en segundo lugar, la obligación de notificar la intención de ejercitar la acción directa al agente, por una parte, y al principal o al tercero según el caso, por otra (art.13.3); y, en tercer y último lugar, el régimen de excepciones oponibles [art. 13.2 a) y b)].

A continuación serán analizadas separadamente cada una de estas reglas.

i) *Obligación de desvelar la identidad*

A partir de la lectura de los apartados 4 y 5 del artículo 13 se deriva que no siempre el agente está obligado a desvelar al tercero la identidad del principal y viceversa.

Constituye requisito de aplicación de dicha obligación el que la causa del incumplimiento del agente estribe en el incumplimiento del sujeto cuya identidad se solicita (principal o tercero, según el caso).

Obsérvese que la principal cuestión que subyace en esta regla es la extensión del denominado *duty to disclose*; no sorprende, por ello, que precisamente la extensión de este deber constituyese una

⁷⁶ RIABIKOV, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 327.

⁷⁷ SWART, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 327.

⁷⁸ PRESIDENTE, «11th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 327.

de las cuestiones que surgieron en el debate al afrontar la discusión de ambas reglas. Tanto para Holanda⁷⁹ como para Suráfrica⁸⁰, la obligación de desvelar la identidad debía existir en cualquier caso, sin que tuviese que restringirse a los supuestos señalados en la CAISG. Nótese que de seguir esta postura, el agente debería desvelar la identidad del principal o del tercero aun cuando el único responsable del incumplimiento fuese el propio agente.

En el «Explanatory Report»⁸¹ se hace referencia al *duty to disclose* en estos casos pero únicamente en relación con el supuesto III, es decir, aquel en el que el agente se obliga a vincularse con el tercero. En el texto citado se nos informa de que la mayoría de las delegaciones se mostraban reticentes en relación con las consecuencias de la exigencia de un *duty to disclose* en cualquier caso, reticencia que era más acusada si la identidad que hay que desvelar es la del principal; en concreto podemos leer «[...] it was argued that it was unclear why, in the case of paragraph 4, the agent acting in his own name should communicate the principal's name to the third party when the agent was himself at fault»⁸². Se señalaba, además, que se trata de una cuestión relativa a las relaciones internas entre principal y agente y que la extensión del *duty to disclose* supone un perjuicio para la confidencialidad en la que se basa la comisión.

Por otra parte, Bennett⁸³ (Australia) proponía la eliminación total de la obligación de desvelar la identidad del tercero o principal, según los casos, justificando su propuesta en la dificultad de ejecución en caso de incumplimiento. En concreto afirmaba que en el *Common Law* dicha obligación es *unenforceable*. Para Háfez⁸⁴, (Egipto) la eliminación era necesaria, salvo que se regulase la sanción aplicable en caso de incumplimiento. El resto de países⁸⁵, sin embargo, se mostraban en desacuerdo con la propuesta de Australia. Incluso Widmer⁸⁶ (Presidente del Comité) observaba que resulta necesario establecer una responsabilidad legal en caso de incumplimiento aunque se trate de una *lex imperfecta*, es decir, de una norma imposible de ejecutar ante el incumplimiento del sujeto obligado.

⁷⁹ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 96 y 97.

⁸⁰ VAN RENSBURG, «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 416.

⁸¹ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 36.

⁸² «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 36.

⁸³ BENNETT «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 335.

⁸⁴ HÁFEZ, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 335.

⁸⁵ Véase «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 335 y 336.

⁸⁶ WIDMER, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 335.

Finalmente, los únicos cambios de redacción afectaron al párrafo 4, y fueron introducidos con el objeto de coordinarlo con el artículo 13.2⁸⁷.

ii) *Obligación de notificar*

La notificación prevista en el artículo 13.3 tiene como finalidad facilitar el funcionamiento de la acción directa. Nótese, en efecto, que, en principio, tanto el principal como el tercero deben cumplir frente al agente. El establecimiento de la acción directa implica que el sujeto frente al que deben cumplir es el tercero y el principal respectivamente. Para evitar que una vez que se ejercite la acción directa el demandado pueda alegar que ha cumplido frente al agente, se establece el sistema de notificaciones: así, quien desee ejercitar la acción directa deberá notificar al principal o al tercero, según el caso, por una parte, y al agente, por otra, que tiene intención de ejercitar dicha acción. A partir de la recepción de dicha notificación el cumplimiento en cabeza del agente no libera al deudor.

Las cuestiones objeto de debate entorno al régimen de las notificaciones fueron fundamentalmente dos: en primer lugar el Reino Unido⁸⁸ proponía añadir que, una vez recibida la notificación, el agente no podía ejercitar sus derechos contra el tercero. La finalidad de dicha propuesta, explicaba Karsten⁸⁹ (Reino Unido) era la protección del tercero, puesto que de este modo se impedía que fuese demandado simultáneamente por el principal y por el agente. La propuesta fue rechazada por muy poco margen de votos⁹⁰, lo cual no debe sorprender, puesto que la diferencia entre el número de países que la apoyaba y el de países que se pronunciaba en contra era mínima. Así, a título de ejemplo, entre los países⁹¹ que se mostraban de acuerdo, Terada⁹² (Japón), consideraba dicha propuesta como una clarificación. Sin embargo para Widmer⁹³ (Presidente del Comité), la propuesta del Reino Unido no resolvía el problema que pretendía solucionar⁹⁴.

⁸⁷ En concreto se sustituyó la expresión «breach of duty» por «because of the principal's failure of performance» y se modificó el comienzo reproduciendo las mismas expresiones que se utilizan en el artículo 13.2: «where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil». «19th meeting», en *ULR*, 1983, I- II, p. 417.

⁸⁸ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 90

⁸⁹ KARSTEN, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

⁹⁰ En concreto por 12 votos contra 11 y dos abstenciones, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

⁹¹ En concreto Australia y España: «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

⁹² TERADA, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

⁹³ WIDMER, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

⁹⁴ En contra también se pronunciaban expresamente SEVON (Finlandia) y SWART (Holanda): «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

La única modificación que finalmente se introdujo fue la propuesta por Gondra⁹⁵ (España) quien consideraba necesario establecer de manera más clara que la notificación constituye requisito indispensable para la posibilidad de una acción directa.

iii) *Excepciones oponibles*

La regulación de las excepciones oponibles por el demandado (principal o tercero según el caso) resultaba imprescindible, debido a las especialidades de los supuestos que estamos tratando. Obsérvese, por una parte, que en el caso contemplado en el artículo 13.1 *a*), el tercero inicialmente se representa el contrato como celebrado con el agente; el supuesto previsto en el artículo 13.1 *b*), por otra parte, se caracteriza precisamente por la intención del agente de vincularse personalmente con el tercero. Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el régimen de las excepciones oponibles.

La solución adoptada por la CAISG cambia en función del sujeto demandado: así, el tercero demandado por el principal puede oponer a éste las excepciones que podía haber opuesto al agente [art. 13.2.a)], mientras que en el caso contrario el principal cuenta con las excepciones que él mismo podría oponer al agente y con las que éste podría esgrimir contra el tercero [art.13.2.b)].

La única cuestión que se discutió en relación con este punto concreto, fue la planteada por Turquía; sostenía dicho país que para que la posición del tercero demandado y la del principal demandado se encontrasen equilibradas, resultaba necesario permitir a aquel esgrimir las excepciones que el agente pudiese oponer al principal⁹⁶. Dicha propuesta no fue incorporada al texto final por varias razones.

Así, Widmer⁹⁷ (Presidente del Comité), observaba que la intención del Comité de expertos al establecer las excepciones oponibles por el tercero demandado, era la de colocarle en la misma posición que si hubiese sido demandado por el agente. Desde este punto de vista, continuaba Widmer, no podía aceptarse la propuesta de Turquía, puesto que ante una hipotética demanda del agente, el tercero demandado no puede esgrimir las excepciones oponibles por el agente al principal. También en el «Explanatory Report» se afronta dicha cuestión; además de la justificación apuntada por Widmer, en

⁹⁵ GONDRA, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 334.

⁹⁶ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 95

⁹⁷ WIDMER, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 328.

él se señala además que permitir al principal oponer las excepciones que tiene contra el agente tiene como finalidad posibilitarle oponer al tercero la compensación con el comisionista⁹⁸.

d) EXCEPCIONES A LA ACCIÓN DIRECTA

En los apartados 6 y 7 del artículo 13 CAISG, se contemplan dos casos en los que, aun cumpliéndose todos los requisitos exigidos por el apartado 2 del mismo precepto para el establecimiento de acción directa entre agente y principal, ésta no es posible.

En primer lugar, la CAISG se refiere al supuesto en el que, a partir de las circunstancias del caso concreto, se deriva que el tercero, de haber sabido la identidad del principal, no habría celebrado el contrato. En segundo lugar, la CAISG contempla la posibilidad de que el agente, siguiendo las instrucciones expresas o tácitas del principal, acuerde con el tercero la derogación de todas o algunas de las disposiciones del artículo 13.2.

i) *Falta de voluntad del tercero de contratar con el principal*

El supuesto de hecho contemplado en el artículo 13.6 nos sugiere algunas reflexiones en las que nos detendremos brevemente antes de abordar las cuestiones que surgieron en el debate.

En primer lugar cabe observar que se trata de una excepción referida únicamente al caso en el que es el principal quien interpone la acción directa contra el tercero; nótese, en efecto, que a quien trata de protegerse es a este último.

En segundo lugar, es importante señalar que probablemente los elaboradores de la CAISG se inspiraron en el *Common Law* a la hora de redactar el apartado que venimos analizando; de hecho, la teoría del *undisclosed principal*, en virtud de la cual en los casos de *undisclosed agency* se establecen efectos directos entre principal y tercero, está sometida a una serie de excepciones entre las que se encuentra precisamente el caso que la CAISG contempla en el artículo 13. 6⁹⁹.

En tercer y último lugar, cabe preguntarse qué razones de las posibles que puede aducir el tercero para no haber querido contratar justifican la aplicación del artículo 13.6. En el «Explanatory

⁹⁸ A partir de la lectura del «Explanatory Report» se deduce que se trataba de una decisión tomada en 1972 por el Comité de Expertos que entre 1970 y 1972 elaboraron un primer borrador de la CAISG: «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 36.

⁹⁹ Véase a este propósito MARKESINIS, B. L., y MUNDAY, R. J. C., *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 162. BOWSTEAD, W. y REYNOLDS, F. M. B., *Bowstead & Reynolds on Agency*, 1996, p. 422, TREITEL, G. H., *The law of contract*, 1999, pp. 674 y 675 y BRADGATE, R. y SAVAGE, N., *Commercial Law*, 1991, p. 113.

Report» encontramos algunos ejemplos en los que la excepción contemplada sería de aplicación. En concreto se hace referencia a razones de competencia, a acuerdos de exclusiva, embargos internacionales o razones de seguridad comercial.

No todos los países integrantes de la CAISG acogieron favorablemente el apartado 6 del artículo 13. Así, Holanda¹⁰⁰ propuso incluso su eliminación, por considerarlo una complicación innecesaria. Su propuesta, sin embargo, defendida por Swart¹⁰¹ en los debates, no fue aceptada. Gondra¹⁰² (España), sin proponer directamente su eliminación, mostraba una cierta reticencia; en concreto apuntó que la aplicación del artículo 13.6 exigía llevar a cabo una *probatio diabolica*.

Por su parte Karsten¹⁰³ (Reino Unido), lejos de proponer su eliminación, sugería exigir como requisito de aplicación que el principal fuese consciente de la falta de voluntad del tercero de celebrar un contrato con él. A favor de la inclusión de dicho requisito se mostró Jovanovic¹⁰⁴ (Yugoslavia); sin embargo, Muchui¹⁰⁵ (Kenia) y Plantard¹⁰⁶ (Francia) calificaron la propuesta, que finalmente fue rechazada, de interesante pero demasiado complicada.

Por último no queremos dejar de señalar que en el texto elaborado por el Comité de expertos existía una referencia al momento de la celebración del contrato, referencia que, siguiendo las pautas marcadas al debatir el artículo 12 y el artículo 13.1.a), fue eliminada¹⁰⁷.

ii) Acuerdo en contra de la aplicación

Antes de entrar en el análisis del debate surgido en torno al apartado 7 del artículo 13, parece adecuado llamar la atención sobre dos cuestiones que el mismo suscita.

En primer lugar cabe plantearse si es posible que el tercero acuerde con el agente la exclusión de efectos directos con el principal en el supuesto contemplado en el artículo 13.1 a): obsérvese que en él, por hipótesis, el tercero desconoce que existe un principal. En el «Explanatory Report»¹⁰⁸ se responde afirmativamente a la cuestión planteada a través de un ejemplo que reproducimos: el

¹⁰⁰ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 97

¹⁰¹ SWART, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 340.

¹⁰² GONDRA, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 340.

¹⁰³ KARSTEN, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 340 y 341.

¹⁰⁴ JOVANOVIC, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 341.

¹⁰⁵ MUCHUI, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 341.

¹⁰⁶ PLANTARD, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 341.

¹⁰⁷ Véase «19th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 418.

¹⁰⁸ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 38.

tercero puede establecer en sus condiciones generales que, en los casos de *undisclosed agency*, el *undisclosed principal* no tendrá acción contra el tercero.

En segundo lugar resulta interesante referirnos a una observación que encontramos en el «Explanatory Report»¹⁰⁹, puesto que en ella se establece de manera implícita uno de los fundamentos de los efectos directos en los casos de *undisclosed agency* y de representación indirecta: en concreto se dice que el acuerdo de exclusión de la acción directa siempre es posible puesto que una de las justificaciones de los efectos directos en los casos objeto de nuestro estudio, es que el agente cede sus derechos contra el tercero al principal; el agente y el tercero, continúa el «Explanatory Report», pueden excluir dicha cesión.

El punto que dio lugar a mayores discusiones en el debate relativo al artículo 13.7, fue la exigencia de que el acuerdo de exclusión o modificación de los efectos contemplados en el artículo 13.2, fuese llevado a cabo por el agente de acuerdo con las instrucciones expresas o tácitas del principal.

Tanto Holanda¹¹⁰ como Checoslovaquia¹¹¹ proponían la eliminación de la referencia a las instrucciones del principal. Las razones aducidas en apoyo de dicha eliminación fueron fundamentalmente de dos tipos. La primera de ellas era que el término «instrucciones» hace referencia a la relación interna agente-principal, relación que queda excluida del ámbito objetivo de aplicación de la CAISG (art. 1.3)¹¹². En la misma línea, Jovanovic¹¹³ (Yugoslavia) observaba que la finalidad de la CAISG no es proteger al principal de su agente. Muchui¹¹⁴ (Kenya) consideraba, sin embargo, que la CAISG no puede ignorar totalmente las relaciones internas; en un sentido similar se expresaba Van Rensburg¹¹⁵ (Sudáfrica) quien consideraba que es imposible no tomar en cuenta las instrucciones internas cuando éstas afectan al ámbito externo (es decir, a la relación con el tercero). Para Swart¹¹⁶ (Holanda) la cuestión de fondo iba más allá de las relaciones internas: según este autor lo que subyacía era la

¹⁰⁹ «Explanatory Report», en *ULR*, 1983, I-II, p. 38.

¹¹⁰ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 97. En el debate SWART retira dicha propuesta: «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

¹¹¹ «Observations and proposals by governments and international organisations», en *ULR*, 1983, I-II, p. 97.

¹¹² En este sentido se expresaba CUKER (Checoslovaquia): «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 342 y 343.

¹¹³ JOVANOVIĆ, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

¹¹⁴ MUCHUI, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 342 y 343.

¹¹⁵ VAN RENSBURG, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 343 y 344.

¹¹⁶ SWART, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 343.

posibilidad del agente de privar al principal de la acción directa contra el tercero.

La segunda de las razones aducidas para la eliminación de la referencia a las instrucciones del principal, era la protección del tercero: en concreto se hacía referencia al caso en el que el agente acuerda con el tercero la derogación del efecto directo en los supuestos del artículo 13.2 sin que existan instrucciones expresas o tácitas del principal a este propósito. En estos casos el principal podría demandar al tercero, puesto que, tal y como afirma Bonell¹¹⁷, al no existir consentimiento del principal, no le afecta el acuerdo establecido entre el agente y el tercero. Ante la demanda sorpresiva del principal, observaba Cuker¹¹⁸ (Checoslovaquia), el tercero debía ser protegido. La desprotección del tercero en estos supuestos fue puesta de relieve también por los representantes de otros países¹¹⁹; destaca la observación de Karsten¹²⁰ (Reino Unido), para quien se trata de una cuestión de protección de la confianza, puesto que el tercero al celebrar el acuerdo ha confiado en la apariencia de poder. Obsérvese que esta afirmación será cierta en la medida en que, del comportamiento del principal, se deduzca que ha dado su consentimiento al agente para celebrar el acuerdo de exclusión de los efectos directos.

No queremos dejar de hacer referencia al caso contrario, esto es, aquel en el que el principal ordena al agente que celebre con el tercero el acuerdo de exclusión de la acción directa y el agente no lo celebra. En el debate fue Karsten¹²¹, (Reino Unido), quien planteó dicho supuesto. Las soluciones propuestas fueron de dos tipos: por una parte, el propio Karsten¹²² respondía afirmando que en ese caso el principal demandado podría utilizar la vía de las excepciones oponibles al tercero. Bonell¹²³ (Italia), se mostraba de acuerdo con la solución de Reino Unido. Por otra parte, Evans¹²⁴ (Secretario general de la Conferencia) sostenía que al tratarse de un caso en el que el agente no actúa dentro de los límites de la autorización, no se aplica el artículo 13, puesto que éste exige que el agente actúe «[...] within the scope of his authority[...]». En el mismo sentido se expresaba Widmer¹²⁵ (Presidente del Comité).

¹¹⁷ BONELL, J. M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 738.

¹¹⁸ CUKER, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

¹¹⁹ Así MUCHUI (Kenya), «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

¹²⁰ KARSTEN, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

¹²¹ KARSTEN, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

¹²² KARSTEN, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

¹²³ BONELL, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

¹²⁴ EVANS, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 330.

¹²⁵ WIDMER, «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, p. 342.

Según Bonell¹²⁶, la problemática que plantean los dos casos a los que acabamos de referirnos no ha sido adecuadamente resuelta en la CAISG; para dicho autor se debía haber establecido expresamente que la exclusión de la acción directa por acuerdo de dos de las partes (agente y principal o agente y tercero) es oponible a la otra (principal o tercero, según el caso) siempre que ésta haya otorgado su consentimiento expreso o tácito.

La propuesta de eliminación de toda referencia a las instrucciones del principal, fue finalmente rechazada; obsérvese que en caso contrario el artículo 5 CAISG¹²⁷ habría tenido que ser modificado; en efecto, dicho precepto, que contempla la posibilidad de excluir la aplicación de la CAISG o de alguno de los efectos previstos en la misma, prevé que, de acordarlo el agente y el tercero, aquel debe contar con las instrucciones expresas o tácitas del principal^{128, 129}.

IV. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LOS *PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW*

Los PECL regulan la representación en el capítulo III, que se divide, a su vez, en tres secciones: una primera dedicada a las Disposiciones generales, una segunda referida a la Representación Directa y una tercera en la que se regulan los efectos de la Representación Indirecta.

Tal y como adelantábamos al comienzo de la exposición, el estudio de los PECL que nos disponemos a realizar, se llevará a cabo teniendo presente el análisis de la CAISG. Comprobaremos si las cuestiones que quedaron abiertas en el debate de su elaboración han sido resueltas y pondremos de relieve las similitudes y las diferencias que pueden apreciarse entre ambas regulaciones.

¹²⁶ BONELL, J. M., «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 739.

¹²⁷ Dicho precepto establece lo siguiente: «The principal, or an agent acting in accordance with the express or implied instructions of the principal, may agree with the third party to exclude the application of this Convention or, subject to article 11, to derogate from or vary the effect of any of its provisions».

¹²⁸ En los debates hicieron esta observación DUCHEK (Austria) y WIDMER (Presidente): «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 342 y 344 respectivamente.

¹²⁹ Por su parte, Irak propuso que el acuerdo entre el agente y el tercero pueda ser expreso o tácito, propuesta que fue también rechazada: «12th meeting», en *ULR*, 1983, I-II, pp. 342 y 345.

Puede afirmarse que la estructura básica de la regulación de los efectos de la actuación del agente en los PECL es muy similar a la que encontramos en la CAISG; por esta razón nos ha parecido conveniente seguir el mismo sistema de exposición que ha sido utilizado en el análisis de la CAISG, naturalmente adaptándolo a las particularidades que ofrecen los PECL.

A) SISTEMA DE CLASIFICACIÓN

Los PECL, a diferencia de lo que sucede en la CAISG, adoptan la terminología propia de los sistemas continentales a la hora de clasificar los supuestos de representación en función de los efectos; en el artículo 3102¹³⁰ se habla, de hecho, de representación directa e indirecta, términos que encabezan las secciones 2.ª y 3.ª del capítulo III respectivamente.

En una primera aproximación a los PECL, puede parecer que su sistema de clasificación de los supuestos de representación en función de los efectos de la actuación del representante, es distinto al seguido en la CAISG; recuérdese, en efecto, que en ésta el elemento central de diferenciación es el conocimiento o desconocimiento del tercero de la condición de agente. En los PECL, sin embargo, parece que aquello que distingue a la representación directa de la indirecta es si el agente, que celebra el contrato con el tercero por cuenta y con instrucciones del principal, actúa o no en nombre de éste¹³¹; en el primer caso nos encontraremos ante un supuesto de representación directa, mientras que en el segundo las reglas aplicables son las de la representación indirecta.

Obsérvese, sin embargo, que del mismo modo que la CAISG toma en cuenta de manera implícita el sistema de clasificación continental, podemos afirmar que los PECL no han ignorado

¹³⁰ En él se establece lo siguiente:

«(1) Where an agent acts in the name of a principal, the rules of direct representation apply (Section 2). It is irrelevant whether the principal's identity is revealed at the time the agent acts or is to be revealed later.

(2) Where an intermediary acts on instructions and on behalf of, but not in the name of a principal, or where the third party neither knew nor has reason to know that the intermediary acts as an agent, the rules of indirect representation apply (Section 3)».

¹³¹ A partir de la lectura de los Comentarios oficiales, se deduce igualmente que el criterio de clasificación es el señalado. En ellos se dice que en el supuesto de representación indirecta el agente no actúa en nombre del principal ni expresa, ni tácita, ni aparentemente. Por esta razón, prosiguen los comentarios, el agente recibe el nombre de intermediario, LANDO, O., y BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law*, 2000, p. 320.

totalmente el seguido por el *Common Law*; en efecto en el artículo 3102.(2) se incluye dentro de la representación indirecta el caso en el que el tercero no conoce ni tiene razón para conocer que el intermediario actúa como representante; nótese que se trata del supuesto que en el *Common Law* se conoce como *undisclosed agency*.

La diferencia entre el sistema de clasificación de los PECL y el de la CAISG, no es, pues, tan abismal como puede parecer: nótese que los supuestos que aquellos agrupan bajo la denominación de «representación indirecta» recuerdan a los contemplados en el artículo 13.1.a) y b) de la CAISG. Sin perjuicio de la similitud señalada, cabe observar algunas diferencias que a continuación trataremos de poner de relieve.

En el artículo 3301.(1)a) PECL se contempla el caso de actuación del intermediario con instrucciones y por cuenta pero no en nombre de un principal; el artículo 13.1.b) CAISG, por su parte, hace referencia al supuesto en el que el agente se obliga a vincularse con el tercero.

Tal y como se recordará, en la CAISG no se contempla expresamente el caso de la actuación del agente en nombre propio, pero se puede deducir implícitamente la referencia al mismo a partir de la remisión que realiza al caso del comisionista. Los PECL, aunque tampoco utilizan la expresión «en nombre propio», se aproximan de manera más evidente a la definición de representación indirecta propia del Derecho continental; obsérvese que, tal y como puede leerse en el artículo 3102.(1), las reglas de la representación directa se aplican cuando el representante actúa en nombre del principal.

El apartado 2 del mismo precepto [y más adelante el artículo 3301.(1)a)] se refiere al caso en el que el agente no actúa en nombre del principal. A partir de la interpretación conjunta de ambos preceptos, se deduce que el no actuar en nombre del principal se refiere tanto a los casos en los que expresamente el agente celebra el contrato en nombre propio como a aquellos en los que el agente nada expresa en relación con este punto.

Nótese, por otra parte, que, al igual que sucede en el artículo 13.1.a) CAISG, en el caso contemplado en el artículo 3301.(1)a) PECL, el tercero conoce la existencia del principal aunque el agente no actúe en su nombre, puesto que los supuestos de desconocimiento del tercero de la condición de agente se encuentran incluidos en el artículo 3301.(1)b).

Por lo que se refiere al supuesto del desconocimiento de la condición de agente por parte del tercero, cabe observar, en primer

lugar, que en el artículo 3301.(1)*b*) PECL, siguiendo la pauta iniciada en las discusiones de elaboración de la CAISG, no se hace ningún tipo de referencia al momento que debe tomarse en consideración para determinar si el tercero conoce o desconoce que existe un principal.

B) EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA

Al igual que en la CAISG, en la regulación de los PECL referente a los efectos de la representación indirecta, encontramos una regla general sometida a excepciones. Así se deriva a partir de la lectura del artículo 3301 en virtud del cual:

«[...] the intermediary and the third party are bound to each other.

(2) The principal and the third party are bound to each other only under the conditions set out in articles 3.302 to 3.304».

A continuación examinaremos las condiciones establecidas en los preceptos a los que el artículo 3301 nos remite.

1. Supuestos de efectos directos

Tal y como afirman Díez-Picazo, L., Roca Trías, E. y Morales Moreno, A. M., «Los PECL también reconocen, en algunos casos, el interés del principal o del tercero en ejercitar de modo directo sus derechos»¹³².

Sin perjuicio del análisis más detallado que realizaremos más adelante, podemos afirmar que, en términos generales, el supuesto en el que los PECL permiten efectos directos es, al igual que en la CAISG, el del incumplimiento del agente. Así, en los PECL, se recogen algunas de las interpretaciones que los representantes de algunos países habían propuesto en relación con una de las expresiones utilizadas en la CAISG (*is not in a position to fulfil*). En concreto, tanto en el artículo 3302 como en el artículo 3303¹³³, se recoge expresamente el caso de insolvencia del agente, y aquel en el que, aun cuando no ha llegado el vencimiento de la obligación, es previsible el incumplimiento del agente.

¹³² Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M., *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, 2002, p. 213.

¹³³ En concreto podemos leer: «If the intermediary becomes insolvent,[...] or if prior to the time for performance it is clear that there will be a fundamental non performance [...]».

Por lo que se refiere al supuesto en el que, llegado el plazo de vencimiento, el agente incumple, parece importante señalar que en los PECL se exige que dicho incumplimiento sea esencial¹³⁴, requisito que no aparece en la CAISG. Además de esta diferencia, cabe destacar que en los PECL no se contempla expresamente el que la causa del incumplimiento del agente frente al principal estribe en el incumplimiento del tercero (*vid.* art. 3302).

2. Dinámica de la acción

La dinámica de la acción directa, una vez que se dan las condiciones para que exista, es muy similar a la que encontramos en la CAISG. En efecto, también se contempla la obligación del agente de identificar al principal o al tercero, según el caso [arts. 3302.a) y 3303.a)], así como la del futuro demandante (principal o tercero) de notificar su intención de interponer la acción directa.

La lectura de los PECL pone de relieve algunas diferencias con la regulación de la CAISG en lo que se refiere al tratamiento de la obligación de desvelar la identidad del tercero o del principal.

Así, llama la atención que en los PECL se contemple como una obligación absoluta del agente la de comunicar el nombre y la dirección del tercero al principal y viceversa, según el caso. Según la CAISG el agente está obligado a ello únicamente cuando la causa de su incumplimiento frente al tercero o al principal estribe en el incumplimiento del principal o del tercero respectivamente. Recuérdesse, sin embargo, que en los debates se propuso la regulación que encontramos en los PECL, propuesta que finalmente fue rechazada por una tendencia generalizada a restringir el denominado *duty to disclose*.

Cabe destacar, por otra parte, la referencia que encontramos en los Comentarios oficiales¹³⁵ a una cuestión que surgió en el debate de elaboración de la CAISG.

Nos referimos al problema de la inejecutoriedad de la obligación que venimos analizando. Puede afirmarse que, al igual que sucede en la CAISG, se trata de una cuestión que sigue abierta. En los Comentarios oficiales se alude en concreto a la dificultad de exigir una indemnización de daños y perjuicios al agente que no

¹³⁴ Para determinar cuándo un incumplimiento es esencial según los PECL, véase el artículo 8103.

¹³⁵ LANDO, O. y BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law*, 2000. p. 222.

desvela la identidad requerida, dificultad que resulta aún más patente en los casos de insolvencia del agente.

3. Excepciones oponibles

El régimen de las excepciones oponibles por el demandado (tercero o principal) es el mismo que el previsto en la CAISG. En los Comentarios oficiales se explica por qué razón el principal puede oponer al tercero, no sólo las excepciones que el agente tenga contra éste, sino también las que el propio principal pueda oponer al agente. En concreto en ellos se dice lo siguiente: «This is explained by the fact that the principal has a pre-existing underlying relationship with the intermediary, whereas the third party does not»¹³⁶.

4. Excepciones a la acción directa

Una de las diferencias más significativas que se observan al confrontar la CAISG y los PECL en lo que se refiere al objeto de nuestro estudio, es que en éstos no se regula expresamente ningún caso en el que, aun dándose los requisitos de aplicación de la acción directa, ésta no sea posible.

Así, en primer lugar, no se contempla el supuesto regulado en el artículo 13.6 CAISG, es decir, el caso en el que el tercero, de haber conocido la identidad del principal, no habría celebrado el contrato. Tal y como se apuntó anteriormente, en el *Common Law* se trata de un supuesto típico de excepción a los efectos directos en los casos de *undisclosed agency*; a este propósito cabe señalar que parte de la doctrina inglesa¹³⁷, siguiendo la decisión del caso *Said v Butt*¹³⁸, justifica esta excepción a los efectos directos afirmando que el contrato está viciado de error en la identidad de la parte contratante. Teniendo en cuenta dicha tendencia doctrinal, se plantea la posibilidad de que la excepción expresamente regulada en el artículo 13.6 CAISG, se encuentre implícitamente contemplada en los PECL en la regulación del error (arts. 4103 ss.).

En segundo lugar, los PECL no contemplan dentro de la sección dedicada a la representación indirecta la posibilidad del

¹³⁶ LANDO, O. y BEALE, H., *Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law*, 2000. p. 224.

¹³⁷ A título de ejemplo cabe destacar TREITEL, G. H., *The law of contract*, 1999, p. 675 y BARNETT, «Squaring Undisclosed agency Law with Contract Theory», en *75 Cal. L. R.* 1980, p. 1991.

¹³⁸ (1920) 3 K. B. 497.

acuerdo de exclusión de los efectos directos contemplados, acuerdo que, tal y como se recordará, se encuentra regulado en el artículo 13.7 CAISG. Sin embargo, puede afirmarse que este acuerdo es posible conforme a los PECL, puesto que en el artículo 1102 (2) se establece lo siguiente: «The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles».

Nótese que al regularse la posibilidad de exclusión de los efectos previstos en los artículos 3302 a 3304 PECL, en las disposiciones generales, queda sin resolver una de las problemáticas más debatidas en las discusiones de elaboración de la CAISG, esto es, qué sucede en los supuestos en los que el agente celebra el acuerdo en contra de las instrucciones del principal o no lo celebra aun cuando el principal así se lo había indicado.

V. CONCLUSIONES

El análisis de la CAISG y de los PECL que acabamos de realizar pone de relieve que es posible una aproximación entre la teoría de la representación indirecta y la de la *undisclosed agency*. Es importante destacar que en ellos se logra una síntesis entre ambas teorías sin que ello suponga el detrimento de una en favor de la otra.

Tal y como se habrá podido comprobar, los PECL, si bien siguen la estructura básica de la CAISG, se alejan de ella a la hora de regular algunos aspectos concretos; a este propósito cabe recordar la mayor aproximación a los sistemas continentales en la clasificación de los supuestos, la falta de referencia expresa al incumplimiento del tercero como causa del incumplimiento o del previsible incumplimiento del agente frente al principal, el establecimiento del deber de comunicar el nombre y la dirección del principal o del tercero, según el caso, siempre que se cumplan las condiciones exigidas para la interposición de la acción directa y, finalmente, la desaparición de la regulación (al menos de manera expresa) de los supuestos en los que es posible excluir la acción directa aun cumpliéndose los requisitos para ello.

Consideramos, sin embargo, que el camino de aproximación entre la teoría de la representación indirecta y la de la *undisclosed agency*, iniciado por la CAISG y seguido por los PECL, todavía no está completo; en efecto, aun cuando en éstos se resuelvan puntos que en la CAISG no quedaron suficientemente claros (como la determinación de los supuestos en los que, en caso de representa-

ción indirecta es posible la acción directa), quedan cuestiones que en los PECL siguen exigiendo una regulación más precisa (como la resolución de la problemática relativa al incumplimiento del agente del *duty to disclose* o la determinación de las consecuencias de la celebración o no celebración del acuerdo de exclusión de los efectos previstos en los arts. 3302 a 3304 PECL por parte del agente en contra de lo indicado por el principal).

Son algunas de las conclusiones que pueden extraerse en esta primera aproximación a un tema cuya complejidad e interés exige un estudio más amplio y detallado. En este trabajo hemos querido plantear los principales aspectos que serán objeto de la investigación que estamos realizando en el marco más amplio de la representación indirecta.

BIBLIOGRAFÍA

- «Diplomatic Conference for the adoption of the Unidroit Draft Convention on Agency in the International Sale of Goods, Geneva 31 January-17 February 1983- Acts and Proceedings», en *Uniform Law Review*, 1983, I-II. [cit.: *ULR*, 1983, I-II].
- BARNETT, R. E.: «Squaring Undisclosed Agency Law with Contract Theory», en *75 California Law Review*, 1987, pp.1969 a 2002.
- BONELL, J. M.: «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *The American Journal of Comparative Law*, 1984, V. 32, núm. 4, pp. 717 a 749.
- BOWSTEAD, W. y REYNOLDS, F. M. B: *Bowstead & Reynolds on Agency*, London, 1996.
- BRADGATE, R. y SAVAGE, N. *Commercial Law*, London, Dublin, Edimburgh, 1991.
- DE CASTRO, F.: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1992.
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., MORALES MORENO, A. M. y ROCA TRÍAS, E.: *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002.
- MARKESINIS, B. L. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, London, 1998.
- LANDO, O. y BEALE, H.: *Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law*, The Hague, 2000.
- TREITEL, G. H.: *The law of contract*, London, 1999.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.: *An introduction to Comparative Law*, Oxford, 1998.

