

CONTRATO DEL AGENCIA Y ARBITRAJE: AUTO DE LA AP DE BARCELONA (SECCIÓN 17) NÚM. 116/2018 DE 17 DE MAYO

AGENCY CONTRACT AND ARBITRATION: ORDER OF THE COURT OF APPEAL OF BARCELONA NUMBER 116/2018 OF 17TH MAY

LUIS F. CARRILLO POZO
Profesor de Derecho Internacional privado
Universidad de Almería

Recibido: 10.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4643>

Resumen: Frente a la idea de construir en base a las normas de la Ley sobre el contrato de agencia un foro de competencia de carácter exclusivo, la Audiencia Provincial de Barcelona insiste en su alcance meramente interno, limitado a la disciplina de la competencia territorial, así como el carácter disponible de la materia, excluyendo por lo tanto cualquier pretensión de restringir la libertad de las partes.

Palabras clave: contrato de agencia, competencia judicial internacional, convenio arbitral.

Abstract: Opposing the idea of building an exclusive jurisdiction forum based on the rules of the Law on agency contract, the Court of Appeal of Barcelona insists on their purely internal scope, limited to the discipline of venue, as well as as the ability of the parties to dispose of the matter, thus excluding any intent to restrict their freedom.

Keywords: agency, international jurisdiction, arbitration agreement.

Sumario: I.El auto. II. Las posiciones consolidadas. III. El problema de la tutela del agente. 1. Inviabilidad del control preventivo. 2. Las normas imperativas, elemento integrante del orden público del foro. IV. A modo de recapitulación.

1. Es sorprendente que después de tantos años de vigencia de la Ley sobre el contrato de agencia se siga alegando, en base al juego combinado del art. 3 y la DA 2^ª, que la competencia judicial internacional está imperativamente asignada a los tribunales del lugar donde el agente tenga su domicilio. La construcción es muy sencilla: Si el alcance de la norma procesal es el que se deduce de su somera lectura, y estando claro que no caben pactos que la contradigan, no son admisibles ni cláusulas de prorrogación de la competencia ni compromisos arbitrales. La alegación al uso en la práctica española llega hasta aquí, pero a esa dimensión procesal se podría anudar la conflictual merced a la delimitación operada por el TJUE de la esfera territorial de aplicación de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales

¹ Recuérdese su tenor respectivo: «En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa» y «La competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario».

independientes, en relación con el art. 23 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en lo sucesivo, RRI), que cerraría el círculo, alcanzándose así la plena vigencia del objetivo de tutela del agente que desarrolle su actividad en el territorio de un Estado miembro.

2. La jurisprudencia española no muestra –en general– signos de incertidumbres en la interpretación de aquellas normas, y en esta vigorosa línea se enmarca la resolución que pasamos a comentar; tampoco se plantea demasiados interrogantes, es cierto. Partiendo de ella, podemos evidenciar los déficits tuitivos que se pueden plantear en este tipo de negocios, para pasar después a chequear los mecanismos de control –siempre *a posteriori*– que ofrece el ordenamiento. El legislador europeo ha consentido que se genere una línea de interpretación de los materiales normativos disponibles que coloca en el frontispicio del sistema la idea de protección, pero el sistema dista de ser hermético, porque se ha preferido que no existan instrumentos procesales adaptados, y se ha dejado abiertas generosas vías que permiten hurtar el enjuiciamiento de los asuntos a los foros vinculados al logro de esos objetivos tuitivos.

I. El auto

3. Con las limitaciones inherentes a la parquedad de la decisión comentada, podemos reconstruir los acontecimientos como sigue: Los litigantes, una sociedad española y otra italiana, estaban vinculados desde 1990 por un contrato exclusivo de agencia, que en fecha indeterminada había quedado extinguido, por lo que la agente formula demanda en reclamación de cantidad en concepto de indemnización por clientela. Se desconoce el motivo por el que lo hace ante los juzgados de Barcelona; el caso es que éstos declaran su falta de competencia territorial y remiten las actuaciones a los de Rubí, que la admiten a trámite². Emplazada la demandada, comparece e interpone declinatoria por falta de jurisdicción, al estar sometida la controversia a arbitraje (art. 39 LEC), excepción estimada por el juzgado. Es frente a ésta que se alza el demandante, alegando la batería usual en este tipo de litigios: La imperatividad del foro de competencia y la consideración de que se trata de un contrato de adhesión y consiguiente necesidad de realizar una interpretación *contra proferentem* (se presume que para decretar la nulidad del convenio arbitral, y forzar al principal a litigar en España).

4. El escueto auto recoge la argumentación igualmente usual en estos casos: La materia es dispositiva y por lo tanto susceptible de arbitraje; las normas citadas de la LA se refieren a la competencia territorial, de modo que la sociedad agente puede litigar en un lugar distinto de los tribunales de su domicilio sin que ello suponga –como se pretende– vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva³; este no es un contrato de adhesión o redactado unilateralmente por una de las partes (nada hace presumirlo; más bien la apariencia acredita otra cosa)⁴. En consecuencia, se desestima el recurso. La Audiencia no entra ni siquiera tangencialmente a valorar la validez o nulidad del convenio arbitral, con implícita adhesión a la interpretación más estricta del alcance de la competencia del árbitro para decidir sobre su propia competencia⁵. Y como colofón, y a modo de regla general, se evidencia que, siendo la

² El carácter férreamente indisponible de los foros de competencia territorial comporta que la apreciación de la existencia y validez del compromiso arbitral y la consiguiente falta de jurisdicción no pueda ser realizada por cualquier tribunal, ni siquiera por razones de economía procesal. No existe ninguna razón sustantiva para ello, más que el derecho al juez natural predeterminado por la ley.

³ Hay un dato muy importante que abona este extremo y que no ha sido expresamente evidenciado por el ponente (tampoco era necesario), y es que la cláusula arbitral preveía la posibilidad de amplia impugnación del laudo (sin restricción de causas) ante los tribunales ordinarios italianos. Piénsese que no es esencial ni habitual la posibilidad de revisión de extremos como la corrección de la solución material. Esta doble instancia comporta un indudable reforzamiento de la tutela judicial. Un riguroso tratamiento del tema en G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *El control judicial sobre el fondo del laudo*, Madrid, 2017, *passim*.

⁴ Como señala la SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 de septiembre de 2001 ante una alegación similar, no deja de ser elocuente que hayan pasado más de diez años sin que el agente (empresario, no se olvide) se haya percatado del carácter abusivo de la cláusula. Hay un brillante comentario de esta sentencia a cargo de P. JIMÉNEZ BANCO en *REDI*, 2002, pp. 381 ss.

⁵ Una breve y actualizada exposición de las tesis fuerte (estimación de la declinatoria en base a la mera existencia de un convenio) y débil (posibilidad de analizar validez, eficacia y aplicabilidad por parte del tribunal ordinario) y de la posición de

jurisprudencia en esta materia prácticamente unánime, no puede afirmarse que existan dudas de derecho, y cuadra la imposición de las costas al apelante.

II. Las posiciones consolidadas

5. Aunque sea muy brevemente –el tema no es controvertido– permítaseme recoger en un par de líneas las conclusiones consolidadas a nivel jurisprudencial sobre la competencia judicial en materia de agencia. Se resumen en las siguientes proposiciones:

- a. El legislador español no podía introducir una norma de competencia judicial internacional en la Ley 12/1992, que en consecuencia tiene que funcionar dentro de los límites marcados actualmente por el reglamento Bruselas I bis y demás textos sobre esta materia (LOPJ, Convenio de Lugano)⁶.
- b. Por ello, se rechaza la invocación del art. 67 del Reglamento 1215/2012 (RBI bis) como legitimadora de una norma especial presuntamente anclada en las disposiciones de la directiva de 1986⁷.
- c. La DA 2ª de la LA es un foro de competencia territorial, que funciona sólo si los tribunales españoles tienen jurisdicción⁸ y si son competentes⁹.
- d. La materia contrato de agencia es libremente disponible por las partes¹⁰. Se distingue entre la imperatividad de las normas reguladoras de una determinada materia y la arbitrabilidad de la misma; los acuerdos entre las partes sólo sirven para indicar el cauce procesal elegido por los contratantes mediante el cual se tiene que dar aplicación a las normas imperativas. Nada impide, en definitiva, que lleguen a acuerdos de prorrogación de la competencia en favor de tribunales europeos o de terceros Estados o a acuerdos de arbitraje¹¹.
- e. Existe una opción general favorable al arbitraje como forma de arreglo de las controversias. No hay nada en este tipo de contratos que haga pensar que se trata de un contrato de adhesión y que el agente no haya estado en condiciones de negociar cada uno de sus pactos (si bien se admite la prueba en contra, sólo faltaría)¹².
- f. No consta –hasta donde alcanza mi conocimiento– ningún pronunciamiento de los órganos judiciales españoles en el que se rechace la ejecución de una resolución extranjera o el

nuestro TS en A. I. BLANCO GARCÍA/P. QUINZA REDONDO, “Control judicial de la validez del convenio arbitral en un contrato de adhesión: Sentencia núm. 409/2017 de 27 de junio del Tribunal Supremo”, en *CDT*, 2018, p. 547.

⁶ De nuevo, SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 de septiembre de 2001.

⁷ Que, como se recordará, establece que «[E]l presente Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulan la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones contenidas en los actos de la Unión o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos». No obstante, parece que el AAP Barcelona de 19 de diciembre de 2007 incardina la mentada DA en el entonces vigente art. 59 RBI. Lo que pasa es que gracias a su argumentación aluvional la resolución se convierte en un ajíaco realmente incomprensible.

⁸ Por ejemplo, AAAP Lérida de 28 de enero de 2009, AP Sevilla de 29 de julio de 2009, AP Madrid de 24 de marzo de 2010, AP Madrid de 3 de diciembre de 2012, AP Valencia de 17 de septiembre de 2018. Con alcance general sobre este tema, STSJ Madrid de 19 de julio de 2017.

⁹ Por ejemplo, SAP Valencia de 4 de mayo de 1999, SAP Castellón de 10 de febrero de 2003, SAP Madrid de 22 de febrero de 2006, SAP Alicante de 8 de junio de 2001, AAP Barcelona de 19 de diciembre de 2007, STS de 15 de noviembre de 2010, STSJ Murcia de 16 de abril de 2014. La consolidación de la doctrina y la disipación de las dudas comporta, como apuntamos, una amenaza cierta de imposición de costas en caso de apelación, lo que ha hecho disminuir el número de impugnaciones. La sorprendente SAP Toledo de 6 de octubre de 2017 vendría a ser la nota discordante al afirmar que, como la DA 2ª LA contradice los criterios de competencia de los arts. 51 ss. de la LEC, ha quedado tácitamente derogada.

¹⁰ STS de 18 de abril de 1998. Como asevera la SAP Barcelona de 6 de noviembre de 2000, «la imperatividad de ciertas normas no se opone a la disponibilidad de los derechos subjetivos ni de las relaciones jurídicas regidas por aquéllas».

¹¹ La exposición de la STSJ Madrid de 27 de septiembre de 2016 es sumamente esclarecedora al encuadrar el tema en el marco constitucional. La sanción de nulidad contenida en los autos de la AP Alicante de 19 de diciembre de 2002 y de 28 de mayo de 2008 es, en este sentido, una patología.

¹² Aunque hay que reconocer que todas las resoluciones que se plantean la cuestión de la paridad negocial se refieren a agencias organizadas en forma societaria. Es como mínimo dudoso que esas conclusiones se puedan trasladar sin más al caso del agente individual.

exequatur de un laudo en base a la desprotección sufrida por el agente (en términos de no aplicación de las normas imperativas de la LA) como consecuencia de la sumisión a otros tribunales o a arbitraje, y tampoco ninguna decisión en donde se haya tenido que considerar una pretensión o alegación en tal sentido¹³. Es un misterio aún saber si nuestros jueces están dispuestos a controlar los motivos y efectos de ese tipo de pactos.

6. Los principios sentados de esta manera responden a casos que sin grandes esfuerzos pueden ser calificados como fáciles. En ninguno de ellos existe la más mínima sospecha de imposición poco razonable o abusiva al elegir un foro extranjero (no lo será la elección del propio del domicilio del principal), y en ninguno de ellos se ha suscitado la cuestión de qué hacer con un laudo o una sentencia extranjera que han dejado de aplicar normativa ajustada a las reglas de la Directiva de 1986. A diferencia de la experiencia detectada en otras jurisdicciones, falta, pues, una respuesta desde la perspectiva judicial española a la cuestión de cómo articular mecanismos de protección del agente contratante débil en aquellos casos en los que se detectan riesgos de frustración de los objetivos del legislador. A eso me referiré de inmediato.

III. El problema de la tutela del agente

7. De entrada, por mucho que insista el TJ, es más que cuestionable que la tan citada Directiva persiga como objetivo primero la protección del agente que opera dentro de la UE, visto el tenor de sus considerandos¹⁴. Admitamos que se trata más bien de un derivado necesario, producto de la homogeneización a nivel europeo de los términos contractuales. Fuere como fuere, el caso es que por vía jurisprudencial se ha consolidado esa referencia marco, ya desde la sentencia del TJ de 30 de abril de 1998¹⁵, con consecuencias en el plano sustantivo (interpretación “*pro agenti*”)¹⁶ y dos conclusiones explícitas en lo iusinternacionalprivatístico, una positiva según la cual «la función que desempeñan las disposiciones de que se trata [se refiere a tal directiva] exige que éstas se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, *en particular*, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato»¹⁷; y otra negativa, a saber, que cuando se trate de agentes establecidos y que operan en un Estado tercero no es exigible alcanzar tal nivel de protección¹⁸. Aquel “*en particular*” se traduce en la práctica del TJ y en la consiguiente actividad legislativa en el diseño de una solución –más que una norma de conflicto- unilateral¹⁹, que garantiza, cuando de una controversia conozca un tribunal estatal europeo, un *standard* de protección idóneo para cubrir dos tipos de situaciones, esto es, las sometidas a

¹³ Ni, por supuesto, existen pronunciamientos a propósito de una acción de nulidad amparada en el art. 41.1.e LArb (pretendida inarbitrabilidad del contrato de agencia). Conviene en este punto recordar con J. MONTERO AROCA que la única materia no arbitrable (indisponible, en suma) es aquella en la que los particulares no pueden conseguir el efecto deseado sino acudiendo a las autoridades públicas: “Comentario al art. 2”, en S. BARONA VILLAR (ed.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, p.122.

¹⁴ R GOODE, H. KRONKE, E. MCKENDRICK/J. WOOL, *Transnational Commercial Law, International Instruments and Commentary*, Oxford, 2012, p. 350.

¹⁵ Asunto C-215/97, *Barbara Bellone c. Yokohama SpA*.

¹⁶ Así, esa finalidad se proyecta, por ejemplo, en la interpretación del alcance de la indemnización por fin de la relación comercial (sentencia de 23 de marzo de 2006, C-465/04, 2004, *Honyvem Informazioni Commerciali Srl c Mariella De Zotti*), en la del concepto de clientes (sentencia de 7 de abril de 2016, asunto C-315/14, *Marchon Germany GmbH c Yvonne Karaszkiwicz*), al decidir sobre la ejecución parcial del contrato (sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-48/16, *ERGO Poist'ovňa a.s. c Alžbeta Barliková*) o al admitir el establecimiento de un periodo de prueba (sentencia de 19 de abril de 2018, asunto C-645/16, *Conseils et mise en relations (CMR) SARL c Demeures terre et tradition SARL*). O sea, con alcance general, lo que se hace es colmar en el sentido más protector del agente radicado en la UE las materias que han quedado huérfanas de disciplina.

¹⁷ Sentencia de 9 de noviembre de 2000 asunto C-381/98, *Ingmar c. Eaton*. El subrayado es mío, claro. Va de suyo que ejercer la actividad en un determinado territorio no implica estar físicamente presente en él, bastando cualquier forma de penetración en ese mercado: C. G. J. MORSE/D. MCCLEAN (eds.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, Londres, 2012, p. 2117.

¹⁸ Sentencia de 16 de febrero de 2017, asunto C-507/15, *Agro Foreign Trade & Agency Ltd c. Petersime NV*.

¹⁹ *Cfr.* A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, volumen II, Granada, 2017, p. 921. *Vid.* igualmente, L. M. VAN BOCHOVE, “Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law”, en *Erasmus Law Review*, 2014., p. 154, y la bibliografía allí citada.

un ordenamiento armonizado, con independencia de cuál sea el lugar de actuación del agente (arts. 3.1 ó 4 RRI)²⁰, y aquellas otras en las que el agente opera en el territorio de un EM, aunque estén sometidas a la ley de un Estado tercero, mediante la delimitación de la esfera territorial de eficacia de las normas de la directiva (ahí despliega su eficacia el art. 3.4 RRI, cuando se haya elegido un ordenamiento de un Estado tercero). A la luz de esas consideraciones es claro que i) no pueden existir restricciones al ejercicio de la libertad de elección de foro en el seno de la UE, visto que todos los tribunales europeos están en condiciones de brindar al agente, de una forma u otra, la tutela exigida por el legislador; la sentencia Ingmar se mueve exclusivamente en el ámbito de la ley aplicable, y no precisamente para excluir el juego de la autonomía sino para marcar un umbral mínimo impenetrable, y en circunstancias de hecho bien delimitadas; ii) *a contrario*, la huida hacia otros foros o hacia instancias no judiciales no podría ser *-prima facie-* igual de ilimitada, siempre que la relación ofrezca un nivel de vinculación suficiente con el espacio integrado y esté naturalmente incluida en el núcleo de lo que se considera una relación estrecha con la UE: Se trata de salvaguardar la autoridad del Derecho de la Unión; iii) por consiguiente, el agente que desarrolla su tarea en un Estado tercero no merece más protección que la que le ofrezca el Derecho rector de su relación, siendo irrelevante cualquier otro elemento de vinculación que pueda tener con la Unión (*v. gr.*, su propio establecimiento); las eventuales restricciones que se delinee en sede procesal no valen para esto casos; iv) no debe bastar para merecer la tutela europea la realización ocasional de actividades en nuestro territorio cuando el mercado mayormente implicado sea el de un Estado tercero (de hecho, la idea de permanencia aparece en el art. 1.2 de la Directiva); v) no existe, en definitiva, una voluntad omnímoda de tutela del contratante débil, y no cabría forzar las normas para conseguir un resultado que en realidad no se ha pretendido, por tanto. La experiencia evidencia que bajo la capa de ese pretendido objetivo del legislador se han cercenado las posibilidades de autocomposición de las partes.

8. Sobre ese entramado de principios se alza la cuestión tradicional: ¿Cómo evitar que la tutela pretendida sea burlada?²¹ El mencionado art. 3.4 RRI ofrece una solución para una hipótesis puntual, casi marginal, válida sólo cuando conozca un tribunal que venga obligado a aplicar el RRI. Pero cuando el agente actúa en territorio europeo y la solución de las eventuales controversias derivadas de su contrato se haya sometido a arbitraje o a un tribunal de un Estado tercero, nada garantiza la aplicación de las normas imperativas a las que se confía su protección²². Es lo que ha ocurrido en el asunto resuelto con el auto comentado, en el que la AP no muestra la más mínima objeción a la sumisión a un arbitraje en Italia²³. Otros tribunales, sin embargo, sí que han visto un germen de desprotección y un compromiso para la vigencia de las ideas inspiradoras de la tan citada directiva en la inclusión de un pacto de sumisión o de un compromiso arbitral de tal tenor. ¿Qué puede/debe hacer el tribunal estatal europeo si uno de los contratantes no hace honor al pacto y formula demanda ante él? ¿Puede anularlo? ¿Y qué hacer cuando se le pida el *exequatur* de la sentencia o del laudo extranjeros? ¿Aprovechar esta especie de segunda oportunidad para

²⁰ Más aún: Nada obsta para que se imponga el nivel de protección previsto en el foro en detrimento de un ordenamiento nacional adaptado a la Directiva: *Vid.* la STJ de 17 de octubre de 2013, asunto C-184/12, *Unamar c NMB*, que da lugar a la del TS belga de 12 de septiembre de 2014, sancionando el carácter imperativo, *ex art. 7 CR*, de las normas de trasposición de la directiva, y prescindiendo, como consecuencia, del compromiso arbitral incluido en el contrato en favor de la Cámara de Comercio e Industria de Sofía. La protección del contratante débil es ascendida al papel de norma imperativa de tutela de los intereses públicos.

Ni que decir tiene que esa solución es hoy impensable, con el nuevo art. 9 RRI.

²¹ El tema está muy bien tratado en E. RODRÍGUEZ PINAU, "Contrato de agencia y derecho comunitario: ¿Nuevas perspectivas procesales?", en *REDE*, 2003, pp. 492 ss.; asimismo, en "Agentes 'comunitarios' y autonomía de la voluntad: ¿Es posible derogar la CJI de los tribunales de los Estados Miembros?", en *REEI*, 2008, pp. 1 ss., con referencias a las distintas vías de respuesta dadas por los tribunales alemanes y americanos.

²² En este trabajo hablamos de foros o acuerdos de jurisdicción basados en la autonomía.

Por supuesto que la situación es la misma cuando en ausencia de pactos el principal tiene su domicilio en un Estado tercero y el agente, que ha ejecutado su actividad en territorio de la UE, demanda ante los tribunales de tal Estado. Descartemos desde ya que, cuando ha sido el propio contratante débil el que ha optado por aquellos tribunales, un eventual déficit de protección pueda ser controlado o sancionado con la negativa a la ejecución en Europa de una sentencia de condena.

²³ Adviértase que el compromiso no suscita temor u objeción alguna en sí mismo considerado, no porque se pactara la impugnabilidad del laudo. Dicho de otro modo, la previsión de un pacto de esta naturaleza no puede convertirse en condición de validez del arbitraje.

denegarlo? ¿En todo caso? Como tantas veces se ha explicado, las oportunidades de control de estos pactos se abren en dos momentos diferentes: Directamente, mediante la impugnación del acuerdo en sí, o de forma indirecta, oponiéndose a la eficacia de las decisiones emanadas dándole aplicación.

1. Inviabilidad del control preventivo

9. La plena vigencia de la doctrina sentada en *Ingmar* podría llevar a justificar el cierre de las vías de “huida” de la jurisdicción europea. Es la forma de argumentar de, por ejemplo, la sentencia del *BGH* de 5 de septiembre de 2012 cuando, frente a un contrato entre principal americano y agente alemán que operaba en varios países europeos, rechaza la validez de una cláusula de sumisión a los tribunales de Virginia, aduciendo que había que garantizar que de los litigios conociera un tribunal que aplicara las disposiciones imperativas del Derecho europeo sobre indemnización por terminación de la relación²⁴ (por supuesto que esta construcción es trasladable a cualquier compromiso arbitral). Parece que sólo la meta está clara. Más allá de que a nivel teórico comporte una peligrosa irrupción en el plano procesal de formas de construir propias de la dimensión ley aplicable -al imputar *ad cautelam* a un foro su inhabilidad para resolver adecuadamente un caso-, no existe a día de hoy una base jurídica firme para llegar a esa conclusión. Si los tribunales ordinarios de la UE sí pueden -por definición- garantizar el resultado material pretendido, y tratándose de una cuestión excluida por el art. 25 RBI bis, la validez de la sumisión a un tribunal extracomunitario o de un convenio arbitral se sujetan a la normativa procesal de fuente autónoma (LOPJ) o al Convenio de Nueva York de 1958, el de Ginebra de 1961 y la Ley de Arbitraje respectivamente; pues bien, no hay manera, con fundamento en la necesidad de aplicar normas imperativas del foro, de decretar la nulidad de los mencionados acuerdos (arts. 22 bis y 22 ter apartado 4 LOPJ, art. 9.6 Ley de Arbitraje y disposiciones concordantes; tampoco la había en la sección 40 de la *ZPO*, por cierto). Por supuesto que hay que controlar la concurrencia de los presupuestos de existencia del acuerdo, como de cualquier otro negocio jurídico (lo que vale en el art. 25 RBI bis y explica su considerando 20 no puede no valer en todos los demás entornos procesales), pero sin apriorismos ni dar nada por descontado. Pensar que existe un vicio de consentimiento o un pacto sobre materia indisponible o una violación del orden público o fraude o abuso de derecho sólo porque un agente ha concluido un acuerdo de ese tenor es a todas luces un exceso. Habrá que analizar cada caso, admitiendo como punto de partida que si los contratantes eligen el foro de uno de ellos lo único que cabe presumir es que resulta completamente razonable, y que sólo cabría controlar -si se aportan indicios sólidos- los pactos entre operadores radicados en territorio UE que hurten el conocimiento del litigio a un foro vinculado por la directiva sobre agencia²⁵. Téngase en cuenta no obstante que: a) Articular un control preventivo cuando las dos partes de la relación tienen su domicilio en el espacio integrado y han derogado de competencia a los tribunales europeos desconoce la primacía de la libertad de los particulares para organizar la forma de dirimir sus controversias, y la correlativa exclusión de toda injerencia estatal, expresada de forma especialmente contundente cuando se opta por el arbitraje; b) De hecho, la única reacción a la sentencia *Ingmar* fue la inclusión del apartado 4 del art. 3 RRI: O sea, cuando se pudo intervenir en la dimensión procesal (RBI bis) se optó por no hacer nada. En el plano interno, tampoco el legislador español ha predispuerto norma especial alguna en la LOPJ; c) No basta el mero temor a que un tribunal extranjero o un árbitro no apliquen tales disposiciones imperativas, más que nada porque en el momento en que el órgano judicial tiene que decidir desconoce cómo se va a resolver la controversia, ni si el juez extranjero o el árbitro disponen o no de margen y -sobre todo- voluntad para darles entrada en su razonamiento; d) En un caso del tipo del mencionado más arriba, además, ni siquiera el hecho de litigar en un tribunal

²⁴ En el caso se había elegido el Derecho de aquel Estado. Reclamando expresamente la sentencia *Ingmar*, la misma posición en *OLG Munich* 17 de mayo de 2006, con cláusula de atribución de competencia a los tribunales californianos para un contrato de agencia en donde el agente operaba en territorio europeo. La *Cour de Cassation* belga ha sancionado la inarbitrabilidad de las diferencias surgidas a propósito de un contrato de agencia: Sentencia de 5 de abril de 2012, en *Revue de droit commercial belge*, 2012, p. 937.

²⁵ Recuérdese una vez más que en un caso como el comentado se había pactado una amplia impugnabilidad del laudo ante los tribunales ordinarios. Supuestos como éstos, o aquellos en los que las partes han acordado un trámite de homologación judicial del laudo, entran en el núcleo de las decisiones emanadas por lo que podemos denominar “instancia que aplica la Directiva sobre agencia”.

estatal europeo garantizaría la adecuada protección del agente, ni en cuanto a las soluciones ni en cuanto a la efectividad de lo resuelto si se necesitare la ejecución en el extranjero de la decisión²⁶.

En consecuencia, en este momento previo del procedimiento no se puede censurar acuerdo alguno (repito: En base al eventual peligro de inaplicación de normas imperativas). La respuesta exigible a un tribunal es la que ha ofrecido el auto comentado, estimando automáticamente la declinatoria. Carece de fundamento denunciar la existencia de discontinuidad normativa entre la armonización legislativa (y congruente introducción de normas imperativas) y la ausencia de control en sede procesal, porque *a priori* cualquier intérprete puede alcanzar las soluciones que se exigen a un tribunal ordinario europeo, y en consecuencia no se puede inventar un foro de competencia o eliminar los existentes para conjurar un peligro que no existe.

2. Las normas imperativas, elemento integrante del orden público del foro

10. La alternativa es esperar a un eventual *exequatur* de la decisión extranjera²⁷, algo que cuantitativamente ofrece una eficacia muy limitada. Repárese en que no siempre van a tener los tribunales europeos que enfrentarse a un laudo extranjero o una sentencia procedente de un Estado tercero: En un supuesto standard en el que el agente actúe como demandante, habiendo conocido un foro (exclusivamente competente por acuerdo de las partes) no vinculado por la Directiva, y que ha acogido las pretensiones de la demanda, ante la falta de cumplimiento espontáneo por el demandado, podemos encontrarnos ante cuatro panoramas diferentes, en dos de los cuales²⁸ se impone la indiferencia en este trámite eventual (o sea, la renuncia a implementar controles), atendida la falta de vinculación y que el propio Derecho europeo no pretende ser aplicado. La decisión será reconocida y en su caso ejecutada sin objeciones por el motivo que venimos tratando.

Habrá empero otras dos (cuando el agente opere en el mercado europeo) en las que la entrada en juego de las reglas armonizadas era imperativa, situaciones en las que cabe la posibilidad de que se suscite una pretensión de reconocimiento y ejecución, no irremisiblemente condicionadas a la presencia de patrimonio en territorio europeo, ya que la efectividad es un problema diferente. Pues bien, en esa tesitura el control de las cláusulas de elección de foro o de sumisión a arbitraje encuentra el mecanismo idóneo, *prima facie*, en la excepción de orden público²⁹ (de hecho, es la alegación más frecuente cuando de la paralela acción de nulidad de un laudo se habla³⁰). Quede claro que no se trataría de un cribado estático, sino que mira al resultado alcanzado. El pacto como tal era y sigue siendo válido (ni siquiera de forma indirecta resulta afectado, por tanto), y se trata de verificar si el intérprete ha resuelto con respeto de las exigencias básicas del Derecho del foro.

11. Es pacífico que en el orden público entran los derechos fundamentales en el proceso, y en este sentido es esencial que se resuelva sin arbitrariedad, lo que pasa por hacerlo conforme al sistema de fuentes legalmente previsto. *Per se*, un pacto sumisorio o arbitral no afecta a las posibilidades de defensa de las partes, salvo que sea abusivo (*supra*); donde adquieren relevancia “las normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico”³¹ es al hablar

²⁶ Cfr. E. RODRÍGUEZ PINAU, *op. cit.*, p. 17

²⁷ Abordaré conjuntamente el problema de la eficacia en España de sentencias y laudos extranjeros. Cuando hablo de decisiones me refiero a ambas cosas.

²⁸ Principal establecido en el extranjero, con o sin bienes en territorio UE, con agente que opera fuera del mercado europeo. Téngase presente el art. 22 octies párrafo 3, *in fine*.

²⁹ Aparte los convenios bilaterales en su caso aplicables, art. 46 LCJIMC y art. V.2 del Convenio de Nueva York de 1958. Se podría defender, como en otros ordenamientos se ha hecho, que las controversias sobre contrato de agencia son inarbitrables; pero el hecho de que el legislador haya predispuerto una serie de normas imperativas a lo único que obliga es a que sean aplicadas, por quien tenga competencia para decidir. Dése por reproducido lo apuntado *supra* sobre la presunción de aptitud de tribunales y árbitros para hacerlo.

³⁰ Y con un porcentaje de estimaciones realmente ridículo: Cfr. G. STAMPA, “Seis años de jurisprudencia española de control arbitral”, en www.stampaabogados.com. Última vista, 31 de diciembre de 2018.

³¹ STC de 23 de febrero de 1989: No es de orden público «la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión». La corrección de deficiencias no es tarea del juez español en los casos de arbitraje: STS de 22 de junio de 2009. Una estupenda exposición del tema en ATSJ Madrid de 23 de enero de 2018.

de fuentes. Se debe, pues, comprobar que el órgano o el árbitro, al emanar la decisión, han tomado en consideración –con los matices que veremos *infra*– las normas imperativas que reclaman ser aplicadas³² (que se trata de normas imperativas es evidente en el sector en el que nos estamos moviendo: El TJ no deja dudas³³). Con eso debe bastar, es decir, que se haya sido consciente de que existen y conste una argumentación satisfactoria de las razones por las que han sido aplicadas o descartadas (esto vale también para el arbitraje de equidad). Más de eso está vedado a la instancia de control, pero si falta ese paso en la construcción la respuesta debe ser inmediata, la denegación del *exequatur*.

12. Faltaba algún matiz. Pues bien, recuérdese que:

- a. No es cuestión de censurar el resultado alcanzado (salvo –como es notorio– que sea irracional, ilógico, absurdo), ni es cuestión de valorar el mayor o menor acierto de la decisión, desde el momento en que, no pudiendo los tribunales entrar en el fondo del asunto, muy malamente podrían enjuiciar los errores³⁴.
- b. El examen es eminentemente externo: Verificar que se ha decidido conforme al sistema de fuentes al que está vinculado el juez o el árbitro. El problema surge cuando éstos no disponen de instrumentos jurídicos para tomar en consideración tales normas imperativas. Si el pacto supera el filtro de la validez (no tiene defectos en cuanto al consentimiento, no es abusivo), cabría afirmar que al firmarlo las partes han elegido una forma de resolver las controversias que implica renuncia a los derechos reconocidos por la ley europea (o sea, los directamente entroncados en las reglas imperativas).
- c. Hay no obstante una línea muy fina entre la interdicción del control de la corrección de la decisión y la posibilidad de chequear la aplicación o no de una determinada norma. Si un órgano arbitral o judicial decide no aplicarla, pudiendo hacerlo, cabe que se deba a desconocimiento o porque entiende que no es aplicable en el caso, y para eso hay que estar al contenido de la motivación. Debería bastar la certeza de que el órgano las ha considerado y ha resuelto en un sentido o en otro con algún fundamento racional. Ahora bien: Cuando (en sede arbitral) las partes han renunciado a ella, de forma directa o indirecta (mediante la selección del lugar del arbitraje)³⁵, se ciegan tales posibilidades de control, *impasse* que a mi juicio debe resolverse a la luz del respeto de los principios configuradores del arbitraje, es decir, no injerencia, ausencia de control en definitiva.

³² También los laudos pueden ser objeto de control de respeto de las normas europeas: STJ de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16, *Slowakische Republik c Achmea BV*, trayendo a colación la doctrina sentada en las sentencias de 1 de junio de 1999, asunto C-126/97, *Eco Swiss c Benetton*, y de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, *Mostaza Claro c Centro Móvil Milenium SL*. En España, la STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2018 asevera que «la mayor o menor corrección jurídica de los argumentos empleados por los árbitros, no tratándose de un patente error *ni infracción de una norma imperativa* y respetando los derechos de defensa, no supone infracción alguna del orden público» (cursiva propia).

³³ En el sector del arbitraje, el Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional elaboró en 2002 un informe con recomendaciones sobre el uso de la excepción de orden público. La 3.b ampara explícitamente la idoneidad de las normas imperativas del foro para integrar ese concepto, con expresa referencia a la creciente incidencia de las del Derecho europeo.

Más aún, si el tribunal ordinario tolera de forma indirecta la desatención a tales normas mediante su otorgamiento, se generará responsabilidad del Estado, según la doctrina establecida y en las condiciones elencadas en la STJ de 28 de julio de 2016, asunto C-168/15, *Milena Tomášová c Slovenská republika — Ministerstvo spravodlivosti SR, Pohotovosť s. r. o.*

³⁴ Ponderando el alineamiento del legislador español con el sistema Bruselas, J. L. IGLESIAS BUHIGES, “Comentario al art. 46”, en F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ/G. PALAO MORENO (eds.), *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, pp. 530 ss. A propósito de recientes desarrollos judiciales, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”, en *Diario La Ley*, nº 8537, Sección Tribuna, 12 de Mayo de 2015. En el mismo sentido, S. NAVARRO JIMÉNEZ, “Referencias al orden público en derecho comparado”, en *Diario La Ley*, nº 8537, Sección Tribuna, 12 de mayo de 2015; R.C. PELAYO JIMÉNEZ, “El concepto de ‘orden público’ y la anulación de laudos arbitrales”, en *Diario La Ley*, nº 8568, 24 junio 2015, p. 10; S. ZARAGOZA TORIBI, “El orden público económico en el arbitraje desde la perspectiva jurisprudencial”, en *Arbitraje*, 2018, pp. 555 ss.

³⁵ En este tema es referencia obligada S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional”, en *Arbitraje*, 2018, pp. 659 ss.

IV. A modo de recapitulación

13. El legislador no pudo haber ignorado los problemas derivados de la falta de previsión de un régimen procesal diferenciado para el contrato de agencia cuando modificó el reglamento Bruselas I. Por consiguiente, las normas generales deben suministrar las respuestas, y con los instrumentos normativos actualmente disponibles hay que afrontar la huida hacia foros que no garantizan anticipadamente un determinado nivel de protección al agente, lo que pasa por reconocer que no existe forma alguna de anular de modo preventivo un acuerdo prorrogatorio o un compromiso arbitral, y que en la eventualidad de que haya que dar eficacia en un foro europeo a una resolución extracomunitaria o a un laudo arbitral apoyado en alguno de esos pactos sólo es activable el resorte del orden público como instrumento idóneo para imponer el respeto a las reglas imperativas del foro. Que de este modo habrá casos objetivamente vinculados con a UE en los que no se alcanzan los niveles exigidos por la directiva y las leyes de trasposición es evidente, mas no caben creaciones totipotentes envolviéndose en la bandera de la tutela del contratante débil. Sigue siendo preferible dejar el más amplio espacio a la libertad de los operadores, y constreñir las intervenciones limitativas a supuestos verdaderamente patológicos.